التأمينات العينية والشخصية

الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة

دكتور

نبيل إبراهيم سعد

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

والمحامي بالنقض

دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الأسكندرية ت: ٤٨٦٨٠٩٩

٢٠٠٦



التأمينات العينية والشخصية

الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز -
الكفالــــة

• بسم الله الرحمن الرحيم •

« ..... فوق كل ذي علم عليم »

صدق الله العظيم

(سورة يوسف، الآية ٧٦)



المقدمة

١- (١) ارتباط فكرة ضمان التنفيذ بتطور فكرة الالتزام ذاتها:

ان تطور العقلية القانونية وبالتالى تطور فكرة الالتزام أدت إلى تغيير عميق فى نطاق ومفهوم الجزاء القانونى لعدم تنفيذ هذا الالتزام(١). فقد كان الالتزام فى البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدرا للسلطة، قيدا قانونيا يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله فى حالة عدم تنفيذه لالتزامه. فقد كانت الأنظمة القانونية التى لم تبلغ بعد حدا من التطور لاتملك من الوسائل الفنية والقانونية مايكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين. ولذلك قد كان طبيعيا أن يكون من بين هذه الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين. ولذلك قد كان طبيعيا أن يكون من بين هذه الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فان فعاليتها لم تكن بالقدر الكافى، وان كنت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالى نوعا من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة(٢).

فى المجتمعات الحديثة أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية(٣). علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لايمثل أى قيمة لدى الدائن، ولكن كل مايهم الدائن هو حصوله على حقوقه التى كان ينتظرها ويرتب حياته عليها. كما أن استرقاق

---

(١) J.DEPREZ: Rapport françasi sur les sanctions que s'attachent à l'intexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français in: Travaux de l'Association de H.Capitant, t. XVII, 1964, p. 31.

(٢) J.DEPREZ: loc. cit.; R. SAVATIER, Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, première Série, Panorama des mutations, 3°édit., 1964, No. 16-19, pp. 22 et s., Nos. 41 - 42, pp. 46 et s.

(٣) R.SAVATLER: La théorie des obligations. Vision Juridique et économique. 3°édit., préc. Dalloz, No. 101, p. 142.

المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنصوص والآداب. ولذلك فان القوانين الحديثة قد تخلصت تقريبا من كل أثر للاكراه البدني كأثر متخلف من هذه الأنظمة البدائية[1].

مما لاشك فيه أن احترام الالتزامات أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية، وانه لم السهل تصور مدى مايلحق هذه الحياة من اضطراب اذا ماتخلف المدينون فجأة عن الوفاء بالتزاماتهم. أن عدم تنفيذ الالتزام يعد انقطاعا للتوازن الاقتصادى المؤسس على الثقة المشروعة فى المعاملات والتى فى نهاية الأمر قد انخدعت. لأنه اذا كان الالتزام علاقة قانونية بين شخصين هما الدائن والمدين الا أن عدم تنفيذه قد يمس الغير من قريب أو من بعيد، لما له من صدى اجتماعى واقتصادى، فالحياة الاقتصادية والاجتماعية ماهى إلا سلسلة من الالتزامات متداخلة لحلقات[2].

ولذلك فان القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن فى الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب[3]. فنظرة فاحصة إلى القوانين المدنية الحديثة نجد أن الشغل الشاغل للشارع هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما فى ذلك من أهمية قصوى للائتمان.

ومايهدف اليه هذه القوانين فى الأصل هو التنفيذ العينى للالتزام، أى يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، لأن الدائن عند ابرامه عقدا من العقود يهدف إلى شيء معين وينتظر مقابلا محددا ويرتب كل شئونه على ذلك. ولذلك نجد أن المشرع ينص فى المادة ١٩٩ من التقنين المدنى على أن

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، الجزء الثانى، نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات - آثار الالتزام، ص ٨٠٠ ومابعدها.

(٢) P.DURAND; Préface de l'ouvrage intitulé "Tendance à la stabilité de rapport contracturel", 1961, Paris, L.G.D.J., Jacques Flour avec le concours de Jean Luc. Aubert Droit Civil, Les obligations, Vol I, L'Acte Juridique, No 61, p. 41.

(٣) J.DEPREZ, op.cit.

«ينفذ الالتزام جبرا على المدين»، ويضيف فى المادة ٢٠٣: «يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه عينيا، متى كان ذلك ممكنا». ويؤكد المشرع هذا المعنى بنصه فى المادة ٢١٥ على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه». ونخلص من كل هذه النصوص أنه طالما أن التنفيذ العينى ممكنا فان المدين يجبر على هذا التنفيذ، ولايلجأ القاضى إلى التنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل إلا اذا استحال التنفيذ العينى.

التنفيذ العينى هو الذى يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام، وهو الذى يتفق أيضا مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة. ذلك لأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية[1]، لاتعطى إلا اشباع نسبى للدائن. ولايهدف فى النهاية الا إلى أن يعيد التوازن النسبى لذمة الدائن ولذلك فهو ليس كافيا ولا وافيا:

أولا- لأنه لايضع فى الاعتبار الا مصلحة الدائن الخاصة باعطائه تعويض بالرغم من الآثار الممتدة لعدم التنفيذ فى الحياة القانونية.

ثانيا - انه لايمكن أن يحكم على المدين بالتعويض اذا كان عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه (م ٢١٥ مدنى).

ثالثا - انه فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فان مقدار التعويض الممنوح للدائن ممكن أن ينقص بل وأن يلغى نهائيا نتيجة للشروط المحددة للتعويض بحد أقصى (م ٢٢٣ مدنى إلى المادة ٢٢٥)، أو للشروط المعفية من المسئولية (م ٢/٢١٧ مدنى). يضاف إلى ذلك أن المشرع قد يتدخل فى بعض الأحيان ليحدد متى تنعقد أو لاتنعقد المسئولية ويحدد قيمة التعويض.

رابعا- أن المادة ٢/٢٢١ مدنى تقصر نطاق التعويض بصدد الالتزام العقدى على الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم.

---

(١) أنظر فى ذلك: شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى، الطبعة الثانية ١٩٥٩، فقرة ٤ ص ١٤.

خامسا – فإننا لاننسى أن فى منح القاضى تعويضا للدائن عن عدم التنفيذ لايفعل أكثر من تحويل حقه إلى دين محله مبلغ من النقود. وما يتضمنه ذلك من مخاطر اعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له.

ولأهمية التنفيذ العينى نجد أن المشرع رصد عددا من الوسائل القانونية الكفيلة لتمكين الدائن منه وحمل المدين عليه. وقد خصص المشرع فى التقنين المدنى فصلا كاملا للتنفيذ العينى. ونجد أنه لطبيعة الالتزام ومدى أهمية التدخل الشخصى للمدين فى التنفيذ دورا كبيرا فى تحديد كيفية ووسيلة التنفيذ.

وقد استهل المشرع هذا الفصل بمادة فى غاية الأهمية لأنها تعبر عن مدى حرص المشرع على حماية المدين والمحافظة على مصالح الدائن فى نفس الوقت. فنجده يقرر فى المادة ٢٠٣ فقرة أولى أن «المدين يجبر بعد اعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا». ثم يعود ويتحفظ فى الفقرة الثانية وينص على «انه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما».

وتتفاوت الوسائل التى قررها المشرع فى هذا الفصل بحسب تفاوت طبيعة الالتزام. نجد المشرع فى الالتزام بنقل حق عينى على شىء معين بنوعه قد سمح للدائن. عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ان يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقه المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م ٢٠٥/٢ مدنى).

وقد تكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العينى، فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات إلى الدائن بحكم القانون فى الالتزام بنقل الملكية (م ٢٠٤ مدنى).

بالنسبة للالتزام بعمل، فان المشرع قد خول الدائن، فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا وبعد استئذان القضاء، واذا كان هناك حالة استعجال فانه يقوم

به دون استئذان (م ٢٠٩ مدنى)، بل أن المشرع قد ذهب إلى أبعد من ذلك بنصه على أنه فى الالتزام بعمل يمكن أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام (م ٢١٠ مدنى). مثال ذلك أن فى دعوى صحة ونفاذ التعاقد حكم القاضى يقوم مقام عقد البيع الصالح للتسجيل وتنتقل الملكية بتسجيل الحكم ومن لحظة التسجيل إلى المشترى ودون حاجة إلى تدخل البائع[1].

بالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل، فإن الدائن يمكن أن يزيل ما وقع مخالفا للالتزام على نفقة المدين، فى حالة اخلال هذا الأخير بالتزامه، بشرط أن يستأذن القضاء فى جميع الحالات (م ٢١٢ مدنى).

فى الحالات التى يكون فيها تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، يلجأ الدائن إلى القضاء ليحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية اذا امتنع عن ذلك. يجوز للقاضى أن يزيد مقدار هذه الغرامة اذا كان ذلك ليس كافيا أو كلما رأى داعيا للزيادة. فإن لم تجد الغرامة فى حمل المدين على التنفيذ العينى، فإن القاضى يقوم بتحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى. ولم يقتصر المشرع فى التعويض النهائى على عناصر التعويض العادية، أى ما أصاب الدائن من ضرر ومافاته من كسب من جراء عدم التنفيذ أو من جراء التأخير فى التنفيذ اذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه، وإنما أضاف عنصرا جديدا، لتعزيز جانب التهديد فى الغرامة ولزيادة قوة الزجر للمدينين المتعنتين، وهو زيادة مقدار التعويض بما يقابل الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ. (م ٢١٣ وم ٢١٤ مدنى).

فإذا لم تجد هذه الوسائل أو اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، فان لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل، طوعا واختيارا، فليس أمام الدائن الا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى. والتنفيذ الجبرى، عينا كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لاعلى

---

(١) السنهورى: المرجع السابق، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، المجلد الأول – البيع والمقايضة، ١٩٦٠، فقرة ٧٤٥، ص ٤٧٩ ومابعدها.

شخصه. وهذه الأموال هى الضامنة للوفاء بالتزامه.. هو مايسمى بالضمان العام Gage general أو Gage Commun

٢- (٢) الضمان العام وقصوره في حماية حق الدائن:

الضمان العام يعنى أن أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون (م ٢٣٤ مدنى).

نستطيع على ضوء هذا التعريف القانونى أن ندرس فكرة الضمان العام فى نقطتين أساسيتين:

أولهما – تتعلق بخصائصه ونطاقه، وترتبط بذلك أيضا الوسائل المخصصة لتقويته وللمحافظة عليه، ثم نردف ذلك ببيان الطبيعة القانونية للضمان العام.

٣- (أولا) خصائص ونطاق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه:

ان كان للدائن العادى حق الضمان العام على ذمة مدينه، فيجب علينا أن نوضح خصائص الضمان العام المميزة، ونعرض لنطاقه ومايستدعى ذلك من بيان وسائل المحافظة عليه.

٤- (أ) جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه:

هذا يعنى أن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسئولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وانما تنصب على كافة الأموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ[1].

وبادىء ذى بدء يجب أن نشير إلى أن هذا الضمان العام يلعب دورا بالنسبة إلى جميع الالتزامات أيا كان مصدرها. فسواء أكان مصدر الالتزام العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، فان أموال المدين ضامنة للوفاء بهذه الالتزامات دون تمييز.

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص١٩.

وتدخل فى ذمة المدين الحقوق الناشئة عن التصرفات التى يعقدها الوكيل، كما تتحمل بالالتزامات التى يرتبها هذا الأخير. لأن آثار هذه التصرفات تنصرف مباشرة إلى الموكل (م ١٠٥ مدنى). وعلى ذلك فإذا كان المدين هو الذى يلتزم شخصيا، فيجب أن يكون أهلا لذلك، هذا بالنسبة للنيابة الاتفاقية. أما بالنسبة للنيابة القانونية، فان الأصيل ملزم بما يقوم به النائب من تصرفات قانونية صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون[1]. وفى خارج دائرة التصرفات القانونية فان ناقص الأهلية مسئول عن فعله الضار (م ١٦٤ مدنى) وعن اثرائه بلاسبب (م ١٧٩ مدنى).

ويدخل فى الضمان العام للمدين المنقولات والديون التى تكون تحت يد الغير. ويقصد هنا بالغير: واضعى اليد المؤقتين وذلك على خلاف الحائزين، فواضع اليد المؤقت هو الشخص الذى يكون بين يديه مال خاص بالمدين وينبغى عليه فى لحظة أو فى أخرى أن يرده إلى صاحبه. أما الحائز فهو واضع اليد الذى عنده نية التملك l'aminus domini[2]. ومن أمثلة واضعى اليد المؤقتين، المستأجر، والمودع عنده، والمستعير، وصاحب حق الانتفاع، فالأموال التى تحت أيدى هؤلاء لم تخرج قانونا عن ذمة المدين ولذلك يمكن للدائن أن يحجز عليها تحت أيديهم. ولكنه ينبغى أن نلاحظ أنه يمكن لهؤلاء أن يستفيدوا من الحق فى الحبس حتى يستوفى حقوقهم المرتبطة أو المترتبة على وجود هذا الشىء بين أيديهم، ويمكنهم أن يحتجوا بهذا الحق فى مواجهة الدائنين العاديين للمدين[3]، كما أنه اذا كان الحق المقرر على هذا الشىء حقا عينيا، كحق انتفاع مثلا، فينبغى على الدائنين العاديين الحاجزيين احترام هذا الحق.

---

(١) السنهورى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ٢١٠.

(٢) A.WEILL, F. TERRE, Droit CINIL Les obligations, 2ᵉ édit., 1975, No. 79; G.MARTY et P. RAYMAUD, Droit Civil, T. II, Vol. 2, Nos. 82 et s.; A.WEILL, Droit Civil, Les biens, Nos. 375 et s.; J.CARBONNIER, Droit Civil, T. III, No. 43.

(٣) G.MARTY, P.RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol. I, par F.CHABAS, 5ᵉ édit., 126, pp. 131 et s.

ويخرج من نطاق هذا الضمان الأموال التى لايجوز الحجز عليها. ويرجع عدم القابلية للحجز فى بعض الأحيان إلى عدم قابلية المال للتصرف فيه. ومن أمثلة ذلك المال المشروط عدم التصرف فيه. وقد يتدخل المشرع ليمنع الحجز على أموال معينة سواء لاعتبارات انسانية (م ٣٠٥ ومابعدها من قانون المرافعات) أو لاعتبارات المصلحة العامة (م ٨٧مدنى)[١].

ان حق الضمان العام، بما يقرره للدائن من حماية، لايرفع من ذلك يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته. ويترتب على ذلك أن تكون للمدين حرية التصرف فى أمواله، فما يخرج من هذه الأموال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع لايعد داخل فى نطاق الضمان العام. ومايكتسبه المدين من أموال يدخل فى ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشؤء حق الدائن.

هذه الحرية ليست مطلقة، لأن المدين قد يضعف الضمان العام أما بانقاص مالديه من أمواله أو باضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقين عند التنفيذ. فقد يلجأ المدين إلى الصورية وذلك بأن يتنازل للغير عن مال من أمواله عن طريق تصرف ظاهر ويحتفظ بسند مستتر «ورقة الضد» والذى يدل على صورية التصرف.

وفى هذه الحالة أجاز المشرع للدائن أن يلجأ إلى دعوى اعلان الصورية (م ٢٤٤مدنى) وذلك ليهدم بكافة طرق الاثبات الأوضاع الظاهرة التى يصطنعها المدين، ويكون من شأنها ايهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذبا[٢].

لكن قد يحدث تعارض بين مصالح الدائنين، فقد يكون من مصلحة بعض الدائنين التمسك بالتصرف الصورى الظاهر، وذلك كدائن المشترى بعقد صورى، بينما يكون من مصلحة الآخرين الكشف عن حقيقة التصرف

---

(١) رمضان أبو السعود، الوسيط فى التأمينات الشخصية والعينية، الجزء الأول فى التأمينات الشخصية والرهن الرسمى، طبعة أولى ١٩٨٠، ص ١٤ ومابعدها.
(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٣٠.

والتمسك بورقة الضد واعتبار المال كأن لم يخرج اطلاقا من ذمة مدينهم، وذلك كدائن البائع بتصرف صورى. وقد تدخل المشرع وحسم هذا التنازع بنص صريح وآثر من يتمسك بالتصرف الظاهر وذلك لحماية الأوضاع الظاهرة وتحقيقا لاستقرار المعاملات. لأن الذى يتعامل مع شخص فانه يأخذ فى اعتباره الحالة الظاهرة لذمة مدينه، أى الذمة التى تبدو أمامه وتقع تحت عينه عند استعماله لحقه فى الضمان العام(١).

قد يلجأ المدين إلى الغش بابرامه تصرفات حقيقة يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالا من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس، أو يقوم بصفة عامة باحلال الاموال الظاهرة فى ذمته بأموال أخرى يمكن أن تفلت من الدائنين بسهولة، كأن يستبدل ماله من عقارات بأموال نقدية أو قيم منقولة يسهل عليه اخفائها. لذلك قد تدخل المشرع ليحمى الدائنين من هذه التصرفات التى يجريها المدين بطريقة الغش عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتى وردت احكامها فى المواد ٢٣٧ ومابعدها من التقنين المدنى.

ويشترط لالتجاء الدائن إلى هذه الدعوى أن يكون حقه مستحق الاداء وأن يكون التصرف الضار الذى صدر من مدينة قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره. وقد اشترط أن يكون التصرف منطويا على غش من المدين اذا كان هذا التصرف من المعارضات. أما بالنسبة للتبرعات فيجوز مهاجمتها بهذه الدعوى ولو لم تكون منطوية على غش.

قد أراد المشرع أن يعزز هذه الحماية فأجاز للدائن بمقتضى الدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه نيابة قانونية فى مباشرة حقوقه التى أهمل فى مباشرتها (م ٢٣٥ و ٢٣٦ من التقنين المدنى). ففى هذه الحالة لايشترط

---

(١) G. MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.II. Vol. I. No 281; MAEEAUD. op.cit., T.II. Vol. I, par M. JUGLART, No. 824; A.WEILL, op.cit. Les obligations, No 578.

المشرع أن يكون قد صدر تصرف من التصرفات الضارة بالضمان العام، وإنما اكتفى بعدم استعمال المدين لحقوقه. كما أنه لم يشترط فى هذه الدعوى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بل يجوز للدائن ولو لم يكن حقه مستحق الآداء أن يستعمل هذه الدعوى. كما أن هذه الدعوى تنصرف إلى جميع الحقوق التى أهمل المدين استعمالها إلا ما كان منها متصلا بشخص المدين أو غير قابل للحجز. وتتفق هذه الدعوى مع الدعوى السابقة فى الشرط العام وهو أن يكون عدم استعمال المدين لحقوقه من شأنه اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار. وتشترك هذه الدعوى مع الدعويين الآخرين فى أن كل فائدة تنتج من استعمال أى من الدائنين لهذه الدعاوى يستفيد منها الدائنون الآخرون، وهذا طبق لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين.

ومع ذلك فإن الحماية التى تحققها هاتين الدعويين تكون حماية متأخرة، إذ لايجوز للدائن أن يلجأ إلى أى منهما الا بعد اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره، فهما يهدفان فقط إلى انقاذ ماتبقى لدى المدين من أموال، فهما لايحولان دون وقوع الخطر وانما يهدفان إلى منع تفاقمه.

يجب ألا ننسى، عند الكلام عن حماية الدائنين العاديين، أن نشير إلى ماقرره المشرع لهؤلاء الدائنين من اجراءات ووسائل تحفظية، قد وردت فى نصوص متفرقة، وتهدف أيضا إلى المحافظة على أموال المدين، كأن يضع الأختام عليها، أو يحرر بها محضر جرد، عند موته أو افلاسه (م ٨٨١ مدنى) أو أن يتدخل فى اجـراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينة (م ٨٤٢مدنى)، أو أن يتدخل فى الدعاوى التى يكون مدينه طرفا فيها حتى يراقب سير الدعوى ويمنع التواطؤ اضـرارا بحقـوقه (م ١٢٦ مرافعات).

اذا كان المدين يمكنه أن يتصرف بحرية وبدون غش فى أمواله على النحو السابق بيانه، إلا أنه لايملك أن يتفق سلفا على أن يكون هذا المال أو تلك غير داخل فى نطاق الضمان العام، أو أن الضمان العام سيكون محددا بمجموعة معينة من الأموال، لأن القواعد المنظمة للضمان العام متعلقة

بالنظام العام[1]. وهذا مايمكن استنتاجه من صياغة المادة ٢٣٤ مدنى نفسها[2]، فسياق هذه المادة (أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، يدل على العموم ولايدع أى مجال لمثل هذه الاتفاقات الا ما استثنى بنص خاص[3]. وبالإضافة إلى ذلك فإن السماح بتحديد اتفاقى للضمان العام يتعارض مع فكرة الذمة المالية وفكرة الائتمان الشخصى، كما أن السماح بمثل هذه الاتفاقات يهدم مبدأ الضمان العام نفسه.

ومع ذلك يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يكون تجريد المدين من أمواله وفقا لترتيب معين، بحيث أن التجريد يبدأ أولا بأموال الأقل أهمية بالنسبة للمدين وهكذا. أن مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحا لأنه يضع فى الاعتبار حقوق الدائنين ومايتفق مع مصالح المدين، كما أن هذا الاتفاق لايتعارض مع مبدأ الضمان العام.

فى بعض الأحيان يظهر فى نفس الذمة المالية تخصيص بعض الأموال لتكون مجموعاً مستقلاً ومتميزاً عن الذمة ككل ويكون له جانبه الايجابى والمستقل، ومثل هذه الحالة هى رخصة الترك والمنصوص عليها فى التقنين التجارى البحرى الملغى والتى تخول المالك السفينة أن يحدد مسئوليته بقيمة السفينة ونولونها بالنسبة للتصرفات والأفعال الصادرة من القبطان[4]. فمالك السفينة له اذن ذمة بحرية مستقلة عن ذمته الشخصية.

٥- (ب) جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون:

هذه الخصيصة الثانية قد نصت عليها المادة ٢/٢٣٤ من التقنين المدنى. وهى تعنى أن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية

(١) A.WEILL, F.TERRE, Les Obligations, op.cit., No. 821

(٢) قارن المادة ٢٠٩٢ فرنسى وتعليق الفقهاء عليها.

(٣) ومع ذلك قارن Cass. Civ. 1. 15 février 1972, Bull. Civ. I, No.50, p. 44

(٤) فى فرنسا تم الغاء المادة ٢١٦ من قانون التجارة والخاصة بتحديد مسئولية مالك السفينة، بالقانون الصادر فى ٣ يناير ١٩٦٧، وقد أخذ بنظام تحديد المسئولية فى شكل آخر فى مادته ٥٨. أنظر فى تفصيل ذلك:
Rodiére. Droit Maritime, Précis Dalloz, No. 142 et s.

على جميع الأموال الموجودة فى ذمة مدينهم ايا كان تاريخ نشوء حقهم وأيا كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فإن الدائن السابق لايمكن أن يدعى أى أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التى وجدت فى ذمة مدينه يوم أن تعامل معه. وبالمثل فان الدائن اللاحق لايستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يَتعلق بالأموال التى اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة انه اذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فان هذا الثمن ينبغى أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أى يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم.

ولكن مما تجدر الاشارة اليه أن «مبدأ المساواة مابين الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين انما هى مساواة قانونية، لامساواة فعلية، فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه، فاذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين، كان لسائر الدائنين الحق فى مشاركته فى هذا التنفيذ ومقاسمة ماينتج عنه مقاسمة الغرماء، ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا، فقد تكون غير متيسرة فعلا. ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذه الدائن من اجراءات التنفيذ، واذا علموا فقد تكون اجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لاتسمح لهم بالمشاركة الفعلية، واذا كانت اجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية، اذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع، أو هى خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الآداء، أو هى مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ، تلك هى بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وان كانوا جميعا متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا[1].

---

(١) السنهورى: الجزء الثانى الفقرة ٣٨٣ ص ٧٢٠.
وانظر فى نفس المعنى:

حقا أن المشرع المصرى قد نظم شهر الاعسار (م ٢٤٩ إلى ٢٦٤ مدنى) وذلك ليحمى الدائن من مدين يسعى إلى ايثار بعض الدائنين على الآخرين، الا أن شهر الاعسار جوازى للقاضى وأن الاجراءات التى وضعها القانون لشهر الاعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ماعليه من ديون مستحقة الاداء، فهى لاتدفع خطر الاعسار وان كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. كما أن شهر الاعسار لايحرم الدائن من اتخاذ اجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقا جوهريا بين الاعسار المدنى والافلاس التجارى. ذلك أن الافلاس نظام جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس، ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك. هذا الوسيط بين التاجر المفلس ودائنيه. ولذلك لايسمح لأحدهم بالسعى المنفرد. وعلى ذلك اكتفى المشرع بصدد الاعسار بأن جعل منه نظاما قانونيا يكفل اعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الاعسار[1].

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أنه لايسرى فى حق الدائنين أى وفاء يقوم به المدين مؤثرا بذلك دائنا على آخر. كما لايسرى فى حقهم أيضا أى تصرف يكون من شأنه انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته[2].

مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقا. فهناك

- M.PLANIOL et G.RIPERT. Traité pratique de droit civil français. T.VII par P.ESMEIN. No. 757;

G.RIPERT et J.BOULANGER. Traité élémentaire de droit civil. 4e édit. T II. Nos. 1482 et s..

G.MARTY et P.RAYNAUD. op cit.. T III. Vol. I. No.2.

B.STARCK. Droit civil. Introduction. No. 183

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٢٤ ومابعدها.
منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ١٩٦٣، ص ٧.
عبد المنعم البدراوى، التزمينات العينية، ص ٤.
أحمد سلامة، دروس فى التأمينات العينية والشخصة، ١٩٧٠، ص ١٧.

(٢) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٢٥.

أسباب للتقدم أو الأفضلية نص عليها القانون. كما أن هناك مراكز متميزة لبعض الدائنين العاديين تجعلهم يفلتون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم.

وأسباب التقدم التى نص عليها القانون تتعلق بالتأمينات العينية أو بالحقوق العينية التبعية. وهذه التأمينات العينية تكون بتخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فان هذا الدائن الممتاز أى المزود بتأمين عينى لايتقدم على الدائنين العاديين أو على الدائنين التالين له فى المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده. ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد أن التأمينات العينيه لاتلغى حق الضمان العام وانما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فان الدائن المزود بتأمين عينى يمكن باعتباره دائنا عاديا ان يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه فى هذه الحالة يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين العاديين. فاذا لم يستوف حقه كاملا من المال الذى تقرر عليه التأمينى العينى، استطاع أن ينفذ على سائر أموال المدين لاقتضاء ماتبقى له[١].

أما بالنسبة للحالات الأخرى، فإن الدائن يبقى دائنا عاديا ولكنه يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده فى مركز متميز خارج نطاق التأمينات العينيه[٢]. وهذه المراكز المتميزة ليست مقصودة فى ذاتها لتحقيق ضمان معين للدائن واما يتواجد فيها الدائن مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين الآخرين له[٣].

---

(١) B.STARCK, Droit eivil, introduction, No. 229
وقارن عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤ ص ٥، ٦.

(٢) G.RIPERT et J.BOULANGER, op.cit., T. II, No. 3267;
G.MARTY et P>RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol.I, No3.

(٣) قارن:
MAZEAUD, op.cit. T.III, Vol. I, No.110; G. MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol. I, No.16.
وهذا المرجع الأخير يتكلم عن المراكز الممتازة، ونحن نفضل تسميتها بالمراكز المتميزة.
أنظر أيضا: رمضان أبو السعود، الوسيط فى التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٨٠، فقرة ٣ ص ٢٤ ومابعدها. وأنظر فى دراسة تفصيلية لهذه المراكز المتميزة نبيل سعد، الضمانات غير المسماه فى القانون الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٩ وما بعدها.

ومن أمثلة المراكز المتميزة للدائن العادى أن يوجد لديه شىء مملوك للمدين، وينشأ للدائن حق تجاه هذا المدين متعلقا بهذا الشىء، فانه يستطيع فى هذه الحالة أن يحبس هذا الشىء حتى يستوفى حقه أو يقدم له تأمين كاف للوفاء بالتزامه. فى الأحوال التى تكون فيها قيمة الشىء أكبر من قيمة الدين المستحق للدائن الحائز للشىء، فانه سيكون للدائنين الآخرين مصلحة فى أن يباع هذا الشىء، وليتفادوا معارضة الدائن الحابس يعطون له أولوية على الثمن، ولذلك يكون للحابس فى هذه الحالة أفضلية فعلية، بحكم الواقع لابحكم القانون[1]. ولذلك نجد أن المادة ٢٤٧ مدنى تقرر فى فقرتها الأولى أن «مجرد الحق فى حبس الشىء لايثبت حق امتياز عليه». كما أن المادة ٢٤٨ مدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن «ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزة أو محرزة». فالحق فى الحبس ليس حقا عينيا يخول للدائن ميزتى التقدم والتتبع، وانما يعطى للدائن أولوية فعلية فقط.

وبالمثل بالنسبة للمقاصة، فهى تخول للدائن بطريقة غير مباشر مركزا متميزا[2]، وذلك فى الحدود التى يكون فيها الدائن فى ذات الوقت مدينا لمدينه. فانه عن طريق المقاصة يمكن للدائن استيفاء حقه كاملا وذلك نتيجة لانقضاء دينه بمقاصته مع ماكان مستحقا له لدى مدينه ودون أن يتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين (م ٣٦٢ مدنى ومابعدها).

وكذلك يستطيع الدائن العادى أن يتفادى فى بعض الأحيان مزاحمة الدائنين الآخرين له عن طريق الدعوى المباشرة والتى تسمح له أن يسعى باسمه شخصيا إلى مدين المدين ويسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين. وعلى ذلك فهو يستوفى حقه مباشرة دون أن يمر المبلغ المطلوب

(١) N.CATALA-FRANJOU; De la nature juridique du droit de rétentions, Rev. Trim. Dr. Civ., 1967, p.9 et s., No.27
J.CARBONNIER, op.cit., T.IV, No. 132.
– أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه السابق الإشارة إليه ص ٣٩ وما بعدها.

(٢) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol: 1, No. 4. II, Vol.I, No. 625;
MAZEAUD, op.cit., T.II, Vol. I, No. 1145.
B.STARCK, op.cit., Les obligations, No. 2458.
– أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه السابق الإشارة إليه ص ٣٢ وما بعدها.

الوفاء به بذمة مدينه، وعلى ذلك فهو يتفادى مزاحمة الدائنين الآخرين لهذا المدين[1].

هذا السعى المباشر لايخول للدائن الا بنص صريح فى القانون مثال ذلك المادة ٥٩٦/١ مدنى والتى تقضى بأن المستأجر من الباطن يلتزم بأن يؤدى الاجرة لمؤجر مباشرة بالقَدر الذى يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وذلك من وقت أن ينذره المؤجر بهذا الأداء، (م ١٧٥٣ مدنى فرنسى). وبالمثل نجد أن المادة ٦٦٢ مدنى تنص أنه فى عقد المقاولة يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى. (م ١٧٩٨ مدنى فرنسى). وكذلك المادة ٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ والتى تعطى للمصاب دعوى مباشرة ضد المؤمن لديه عن مسئولية المتسبب فى الضرر (م ٥٣ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠فى فرنسا).

ونجد أيضا أن الدائن يستفيد بحق مباشر دون أن يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين فى الاشتراط لمصلحة الغير، اذ بمقتضى هذا العقد يكون للمنتفع حق مباشر فى مواجهة المتعهد. وهذا الحق المكتسب يمر مباشرة من ذمة المتعهد إلى ذمة المنتفع دون أن يدخل اطلاقا فى ذمة المشترط. وعلى ذلك، فانه اذا كان للمشترط دائنين لم يستوفوا حقهم بعد فلايستطيعون أن يحجزوا على المبالغ أو الأموال المستحقة للمنتفع لدى المتعهد. وبذلك يتجنب المنتفع اعسار المشترط ومزاحمة دائنيه[2].

---

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T. III, Vol.I, No 5, T.II, Vol. I, No, 692;
MAZEAUD, op.cit., T.II, Vol. I, No. 802;
B.STARCK, loc. Cit., No. 2576.
– أنظر فى تفصيل دلك ، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.

(٢) G.Marty et P.Raynaud, op.cit., T.II, Vol. I, No. 265;
MAZAUD, T.II, Vol. I, No. 791;
J.CARVONNIER, op.cit., T. IV, 57, p. 190;
B.STARCK, op.cit., Les obligations, No. 2008.
شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٣٦.

٦ - (ثانيا) **الطبيعة القانونية لحق الضمان العام:**

اذا كان حق الضمان العام يجد مصدره فى العلاقة القانونية التى تربط بين الدائن ومدينه، أى حق الدائنية، فانه ينبغى مع ذلك ألا نخلط بينهما ،كما ينبغى أن نفرق بين الضمان العام والضمان الخاص.

٧ -(أ) **حق الضمان العام وحق الدائنية:**

فى الواقع أن حق الضمان ينشأ بمجرد الالتزام ودون حاجة إلى أى اجراء شكلى آخر. ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لايتجسد فى الواقع الا اذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبرى على أموال مدينه(١). فحق الضمان العام ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسئولية الشخصية غير المحددة التى تقع على عاتق المدين، أى عن حق الدائن فى اقتضاء حقه جبراً من المدين بالتنفيذ على أمواله.

ونتيجة لهذا الارتباط الدقيق بين حق الضمان العام وحق الدائنية فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان ليس الا جزء من حق الدائنية، أو أنه داخلا فى تكوينه، ولذلك فان التنفيذ الجبرى الذى يرتكز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختيارى ليسا إلا مرحلتين لنفس الشىء.

هذا النظر لايستقيم بطبيعة الحال الا اذا ترتب على حق الضمان العام تنفيذ عين الالتزام والذى هو مصدر له على أعتبار أن حق الضمان ليس إلا جزءاً من هذا الإلتزام. ولكن فى الواقع، الأمر على خلاف ذلك، فحق الضمان العام ليس الا نتيجة لحق الدائنية، فهو ينشأ عنه ولكن لايختلط به، لأن مايعطيه للدائن ليس دائما ماكان ينتظره من أداء معين، لكن يعطيه فى بعض الاحيان مقابلا ماليا لهذا الأداء. حتى فى حالة ما اذا كان محل التزام الدائن مبلغا من النقود فان مايحصل عليه الدائن، عند عدم تنفيذ المدين التزامه طوعا واختيارا وقيام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين بمقتضى حقه فى الضمان العام، لايتطابق مع ماكان ينتظره من التزامه وخاصة فى حالة اذا ما زاحمه فى هذا التنفيذ باقى الدائنون.

---

(١) G.MARTY. et P. RAYNAUD. Loc. cit., No. 681

فحق الضمان العام لايخول للدائن الا الحصول من أموال مدينه، على قيمة معادلة للفائدة التى كان يمثلها له تنفيذ الاداء الذى كان ينتظره وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق فى أداء معين وحقه فى الرجوع على ذمة مدينه ليحصل على مقابل مالى لهذا الأداء. فحق الدائن فى أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التى وضعت تحت تصرفه لادراك هذا الحق وحمايته، فحق الضمان العام تابع لحق الدائنية ويكون فى النهاية ضامنا لهذا الحق. وعلى ذلك فاذا كان حق الضمان العام يشكل ضمانا بالنسبة لحق الدائنية، فانه ينبغى ألا نخلط بينه وبين التأمين الخاص بالمعنى الدقيق.

٨- (ب) الضمان العام والضامن الخاص:

الضمان الخاص أو التأمين الخاص ينقسم إلى تأمين شخصى وتأمين عينى. فى التأمين الشخصى يظل الدائن دائنا عاديا ولكن هذا التأمين يترجم فى الواقع بضم مدين أو أكثر إلى المدين الذى يريد ضمان دينه فيكون أمام الدائن مدينين أو أكثر بدلا من مدين واحد، وحقه فى الضمان العام يمتد بذلك إلى ذمتين فأكثر[١].

أما التأمين العينى بالمعنى الدقيق فهو التأمين الذى يكفل للدائن الوصول إلى حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين للوفاء بحقه[٢]. قوام الخصوصية فى التأمين الشخصى هو أن للدائن العادى أن يرجع على الضمان العام لأكثر من مدين حتى يستوفى حقه. ولذلك فان المقارنة يجب أن تنعقد بين الضمان العام والتأمين العينى.

فى الضمان العام كما رأينا فان مجموع أموال المدين هى التى تكون هذا الضمان، ويتعلق بهذا المجموع حقوق جميع الدائنين على قدم المساواة. وذلك بخلاف الأمر فى التأمين العينى والذى يتعلق بمال أو أموال معينة بالذات. بالإضافة إلى ذلك انه فى بعض الأحيان يترتب على التأمين العينى

---

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.III. Vol. I, No 536

(٢) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العنى، الطبعة الثانية، ١٩٥٣، ص ٦.

حيازة الدائن للمال المخصص لضمان دينه وبالتالى خروجه من الضمان العام، وذلك بعكس الحال فى حق الضمان العام الذى لايترتب عليه أى حيازة لأى مال من أموال المدين، ويترتب على ذلك أن للمدين سلطة التصرف فى أمواله طالما أن التنفيذ لم يباشر على هذه الأموال[1] .

على العكس من حق الضمان العام فان التأمين العينى يعد حقا عينيا تبعيا. وبناء على ذلك فإن للدائن صاحب التأمين العينى أن يتمتع بكل خصائص الحق العينى التبعى. أى يكون له حق التقدم على سائر الدائنين عند توزيع ثمن العين المبيعة، كما له حق تتبع العين فى أى يد تكون ليباشر عليها حقه فى الأفضلية أو التقدم. بينما اعطاء حق التتبع للدائن العادى نتيجة لحقه فى الضمان العام غير متصور، لأن ذلك سيؤدى إلى شلل المعاملات والتجارة. حيث أن أموال المدين التى تكون موجودة فى ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستتجمد بين يديه نتيجة لاستعمال حق التتبع. هذا يؤدى بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة وائتمان عن المدين وبالتالى إلى حرمانه من حريته فى التصرف بل ومن أهليته[2] .

وبالنسبة لحق التقدم فان الدائن العادى السابق لايتمتع بأى أفضلية عن الدائن اللاحق وانما الكل يتزاحم على ثمن بيع أمال المدين بما يتضمنه ذلك من خطر عدم استيفائهم لحقهم كاملا اذا كانت قيمة الأموال المباعة لاتكفى لسداد كل ديونهم. أما بالنسبة للدائن الممتاز أى المزود بتأمينى عينى، فانه غالبا مايحتاط لذلك ويأخذ حق عينى على مال قيمته تفوق قيمة دينه حتى اذا مابيع هذا المال يستطيع استيفاء حقه كاملا وبسهولة وبالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة.

حق الضمان العام يعبر اذن عن علاقة حق شخصى وليست علاقة حق عينى – لأنه اذا كان للدائن العادى حق على ذمة مدينه، أى على مجموع أمواله، فانه فى الواقع حق على الذمة المالية باعتبارها تعبير عن الامتداد

(١) A.WEILL, op.cit., Les obligations, No. 822

(٢) B.STARCK, op.cit. Introduction, No. 180

المالى للشخص، اذن فهو حق فى مواجهة الشخص نفسه ... وعلى ذلك فان الضمان العام يرجع إلى فكرة الائتمان الشخصى وذلك بالمقارنة بالائتمان العينى.

حق الضمان العام يلعب دوره بصورة واضحة عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته وخاصة التى كانت تتضمن آجالا معينة، أى التى تتضمن ائتمانا معينا، وهذا هو مايعبر عنه بالائتمان الشخصى، لأن ليس هناك ضمان لهذه الالتزامات الا شخص المدين وذمته دون تخصيص مالى معين لضمان الدين كما هو الامر بالنسبة للائتمان العينى، بينما فى الائتمان العينى نجد أن صاحب رأس المال يبحث دائما عند توظيف رأسماله عن عناصر ثروة فى ذمة مدينه وعن ترتيب الحقوق العينية التبعية حتى يتسنى له بسهولة ضمان تنفيذ التزامه بطريقة خاصة فعالة ومباشرة. بالمقابلة لذلك نجد فى الائتمان الشخصى أن تعامل الدائن يقع فى اطار النشاط الاقتصادى للمدين بصفة عامة، أى أنه يقنع فى تعامله بالامكانيات التى تتيحها له مهنة المدين، كما أنه يقنع بالأنظمة القانونية العامة والمخصصة لضمان تنفيذ التزاماته على المدين(١).

وبالرغم من هذا الطابع الشخصى لحق الضمان العام فانه فى الواقع يترجم إلى سلطة للدائن على أموال مدينه(٢). وهذا مادعا البعض إلى القول بأن حق الضمان حق عينى(٣). وحجتهم فى ذلك أن حق الضمان العام يخول للدائن سلطة ممارسة بعض المميزات والخصائص التى يتيحها حق المدين على محتوى هذا الضمان. فإذا كان الأمر يتعلق بأشياء يملكها المدين

(١) QUINCARLET. La notion de gage en droit français. Thèse Bordeaux 1937. pp. 7 et 8;
De LESTAPIS. La notion juridique de crédit. Thèse Bordeaux. 1940. p. 2

(٢) G.MARTY et P.RAYNAUD. op.cit.. T. II. Vol. 1. No. 681
A.WEILL. op.cit . Les obligations. No. 821

(٣) J DERRUPPE. La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance. Toulouse. 1952. No. 330 ...

فانه بمقتضى حق الضمان العام يستطيع الدائن أن ينصرف فى هذه الأشياء وذلك عن طريق بيعها والحصول على مقابل مالى. فسلطة التصرف هذه ليست الا احدى المميزات والخصائص المكونة لمضمون حق الملكية وهى كسلطة التصرف المخولة للمالك. وبناء على ذلك فان سلطة التصرف المخولة للدائن تتحلل فى النهاية إلى سلطة على شىء مادى، يعنى إلى حق عينى[1].

ويكفينا القول هنا أن هذا الرأى وجه المجاز فيه واضح، وهو يلجأ إلى التشابه الظاهرى بين ما للدائن على أموال مدينه من حق الضمان العام وبين ما للمدين من سلطة مباشرة على هذه الأموال -بالإضافة إلى ذلك فإن حق الضمان العام لايخول للدائن أى حق عينى على أموال المدين، بدليل انه ليس للدائن العادى أى أفضلية عند مزاحمة باقى الدائنين له، ولايستطيع أن يتتبع أى مال يخرج من الضمان العام إذا ما تصرف فيه المدين، وذلك بخلاف الحق العينى الذى يخول هاتين الخصيصتين للدائن[2]. ولذلك فانه لايمكن قبول هذا التصوير الا اذا غيرنا فى الفكرة التقليدية للحق العينى[3].

٩- (٢) الضمان الخاص بالمعني الدقيق ودورة الائتماني والتأميني:

اذا كان المشرع قد أحاط الدائن العادى بنوع من الحماية باقراره نظام الضمان العام واعطائه من الوسائل مايكفل المحافظة عليه، الا أنه مع ذلك لايحقق للدائن الضمان الكافى لاستيفاء حقه، كما أنه غالبا مايعجز هذا الدائن عن الحصول على تأمين عينى أو شخصى ليسد هذا القصور. كل هذا أدى إلى التجاء الدائن إلى الوسائل الاتفاقية ليحقق لنفسه نوعا من الضمان، ومن أمثلة ذلك الشرط المانع من التصرف، البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، أو الايجار الساتر للبيع، وكذلك كان بيع الوفاء فى ظل التقنين المدنى القديم[4].

وكما هو واضح فان هذه القواعد القانونية العامة وكذلك الاتفاقات

---

(١) J.DERRUPPE, Loc. cit., No 342

(٢) أنظر أيضا: شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٣) G.MARTY et P.RAYNAUD, Loc. cit., No.681

وقارن: شمس الوكيل فقرة ٢٥ ومابعدها، ص ٥٦ ومابعدها.

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه، السابق الاشارة إليه، ص ١٦١، وما بعدها.

الخاصة لاتحيط الدائن الا ببعض الحماية، فلاتقيه من كل خطر، بل هو يظل مهددا دائما باعسار مدينه، وبالتالى عدم تمكنه من استيفاء حقه كاملا[١] ولذلك كان من الطبيعى أن يوفر القانون للدائن الوسائل القانونية والفنية الكفيلة لضمان حقه ولدرء هذه المخاطر أو على الأقل جعلها أبعد احتمالا. هذه الوسائل القانونية هى مايسمى بالضمان "Les garanties" وبلفظ أكثر شيوعا بالتأمينات "Les sûretés".[٢]

هذا الضمان يؤمن الدائن ضد خطر الاعسار المحتمل لمدينه[٣]، وبالتالى يضمن له استيفاء حقه كاملا. كما أن هذا الضمان لايتقرر لكل الدائنين، فهو ليس عاما لجميعهم، ولكن خاص ببعضهم، ويترتب عليه التمييز بين الدائنين، بخلاف القاعدة العامة التى تقرر المساواة بينهم. ومصدر هذا الضمان اما العقد واما نص القانون واما حكم صادر من القضاء[٤].

والتأمينات الخاصة التى تقرر للدائن انما تأتى زيادة عماله أصلا من حق الضمان العام المقرر له بالنسبة إلى جميع أموال مدينه. ولهذا فالدائن الذى تقرر له تأمين خاص على مال من أموال المدين لايفقد حقه الأصلى فى التنفيذ على أموال المدين الأخرى باعتبارها داخلة فى نطاق الضمان العام المقرر له، شأنه فى ذلك شأن باقى الدائنين وكل ماهناك سوف يتعرض لمزاحمتهم[٥].

---

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., t. III, Vol. I,p.7

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، أحكام القانون المدنى المصرى، التأمينات الشخصية واعينية، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص ١٨. أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه، السابق الاشارة إليه، ص ١٤، وما بعدها.

(٣) A.WEILL, op. cit., Les sûretés, la publicité foncière, Précis Dalloz 1979, p.5.

(٤) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٣٤، عبد الفتاح الباقى، المرجع السابق، ص ١٩، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٥) عبد المنعم البدراوى، التأمينات العينية١، فقرة ٤، ص ٥ ومابعدها.

BEUDANT et LEREBOURS - PIGENNIERE, Cours de Droit civil français T. XIII, par, P.VOIRIN, no.2

كما أن تخصيص مال معين لضمان الوفاء بحق أحد الدائنين لايسلب حقوق الدائنين الآخرين على هذا المال، بل يظل عنصرا من عناصر الضمان العام، وبالتالى يجوز لكل دائن أن ينفذ عليه، كل مافى الأمر أن الدائن المزود بتأمين عينى على هذا المال يستوفى حقه مقدما على غيره، وليس أمام الدائن العادى سوى أن يقنع بما يتبقى له بعد ذلك[1].

١٠ - (أ) نوعا هذا الضمان: التأمينات الشخصية والعينية:

فالضمان الخاص يشمل مايسمى بالتأمين الشخصى ومايسمى بالتأمين العينى. ويكون التأمين شخصيا اذا التزم شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين فهنا نجد أن شخصا معينا يلعب دور التأمين[2]، بأن يضم ذمته إلى ذمة المدين فى الوفاء بالدين[3]. فأساس التأمين الشخصى اذن تعدد المدينين فبدلا من أن يكون للدائن مدين واحد يكون له مدينون متعددون. ويأتى الضمان الخاص هنا من أن الدائن يباشر حق الضمان العام بالنسبة إلى مدينين متعددين، فاذا أعسر أحدهم كان له فى يسار الآخرين مايضمن له الوفاء بدينه[4]. ويدخل فى هذا النوع من التأمينات الشخصية: التضامن، وعدم قابلية الالتزام للانقسام، والانابة الناقصة، وقد سبق أن درسنا هذه الأنظمة القانونية فى نظرية الالتزام. ولكن أهم صور هذه التأمينات هى الكفالة. وتدرس الكفالة عادة مع التأمينات العينية.

أما التأمين العينى فيتميز بتخصيص مال معين، أو مجموعة من الأموال، لضمان الوفاء بحق الدائن[5]. ويكون هذا الضمان فى صورة حق عينى على هذا المال، وبمقتضى هذا الحق يكون للدائن فضلا عن حقه فى الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على شىء معين تمكنه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢١، شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩، ص ٢٠.

(٣) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., t. III, Vol., I, no. 536; A.WEILL, op.cit., Les sûretés, p. 5.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢١.

(٥) A.WEILL, loc. cit., p. 5

من تتبع هذا الشيء فى أى يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفى دينه من ثمنه بالاولوية عن الدائنين الآخرين[1].

وبالرغم من أن التأمينات العينية تفضل التأمينات الشخصية فى المجتمعات الحديثة، حيث أن فى التأمينات الشخصية لاينتفى تماما خطر اعسار المدينين الذين يضمنون دين الدائن، بينما فى التأمينات العينية يكاد يكون الدائن فى منأى عن كل خطر، حيث أن حقه يتعلق بمال معين وله حق تتبع هذا المال فى أى يد يكون ويحصل على حقه من ثمن بيعه بالأفضلية على الدائنين الآخرين. فاذا كان هناك احتمالا هلاك هذا المال فهو مع ذلك احتمال بعيد نسبيا، بالإضافة إلى ذلك أنه فى الغالب يكون مؤمنا على هذا المال، ويتعلق بالتالى حق الدائن بمبلغ التأمين أو بالتعويض، فإن فى المجتمعات البدائية أن الأمر كان يسير على العكس من ذلك[2] فالتأمينات الشخصية هى الأكثر شيوعا، بل ظلت فترة طويلة من الزمن الملجأ الوحيد لحصول المدين على الثقة والائتمان. وكان مرجع ذلك إلى عدم تطور الصياغة القانونية، حيث كان من الصعب تصور أن يرد حق عينى على شيء لضامن دين معين وذلك لعدم التوصل إلى التفرقة بين الشيء والحق العينى الوارد عليه، وكذلك إلى التفرقة بين الأنواع المختلفة للحقوق العينية، فمثلا ظل الخلط بين حق الارتفاق وحق الملكية مدة طويلة فى القانون الرومانى، ولذلك لم يصل القانون الرومانى إلى فكرة التأمين العينى الموجودة فى القوانين الحديثة الا بعد مروره بمراحل تطور طويلة[3].

---

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD. loc. cit . p.7
وعبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢٢

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك
MAZEAUD. op.cit.. t III. Vol. I. 5e édit. no. 6 p. 9 et s
وأيضا شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٤٧ ومابعدها، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢٢ ومابعدها، السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص ١١٣ ومابعدها.

(٣) MAZEDAUD. op.cit.. t.III. vol. I. p 9

١١ - (ب) أهمية الضمان الخاص:

أن قيمة أى التزام تعتمد فى المقام الأول على ما للدائن من ضمانات تسمح له باستيفاء حقه وتجنبه مخاطر اعسار مدينه. وبقدر ماتوافرت الثقة فى المدين بقدر مازاد الائتمان الذى يمكن أن يتحصل عليه من دائنيه. وعلى ذلك فاذا كان يسار المدين محل شك فان الدائن لايمكن أن يحول حقه الا بقيمة أقل من قيمته الاسمية، بل من الممكن جدا أن هذا الدين لايمثل أى قيمة اذا ما بلغ اعسار المدين حدا لايسمح بتغطية هذا الدين(١).

ومن هذا يتضح ماتمثله التأمينات من فائدة كبيرة للمدين والدائن على حد سواء. فالضمان الخاص يؤمن الدائن ضد مخاطر اعسار مدينه المحتمل، ويمكنه بالتالى من استيفاء حقه كاملا. وهذا هو الدور التأمينى الذى يلعبه الضمان الخاص فى الحياة القانونية والاقتصادية، أما بالنسبة للدور الائتمانى للضمان الخاص فانه يتلخص فى أن المدين بتقديمه ضمانا عينيا أو شخصيا لدائنه يمنحه الثقة والامان مايجعله يرتضى له أجلا معينا ما كان يرتضيه بدون هذا الضمان وتزداد مدة هذا الأجل أو تقل بحسب مايمثله الضمان من قيمة للدائن. مايسمى بالأجل فى لغة القانون ماهو إلا الائتمان فى لغة الاقتصاد(٢).

والائتمان له أهمية خطيرة فى سير الحياة الاقتصادية للأفراد والجماعات على السواء، فقلما يعتمد التمويل الاقتصادى لمشروع ما على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع. بل الغالب أن يتم التمويل عن طريق الائتمان من الغير(٣).

---

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., t III, Vol. I, no1, p.1

(٢) R.SAVATIER, La théorie des obligations, vision juridique et économique, op.cit., no., 101, p. 142;

J.FLOUR, J.L.AUBERT, op,cit., no. 61, p. 41.

(٣) أنظر فى ذلك: زكريا أحمد نصر، الائتمان فى الرأسمالية والاشتراكية، ١٩٦٥، مشار اليه فى كتاب الدكتور سمير تناغو، السابق الاشارة اليه ص ٥ هامش ١.

ولايخف على أحد مايمثله التأمين والائتمان من أهمية قصوى فى المجتمعات الحديثة. ومن أهم مايثل نقطة الالتقاء بين نظام التأمين والائتمان فى الوقت الحاضر «التأمينات العينية والشخصية»[1].

١٢- (٤) خطة البحث:

ينقسم هذا البحث إلى كتابين، تخصص الكتاب الأول منهما لدراسة التأمينات العينية، والثانى لدراسة التأمينات الشخصية.

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك أكثر، نبيل سعد، نحو قانون خاص بالأئتمان، منشأة المعارف، وبصفة خاصة، ص ١٤٧ أو ما بعدها.

الكتاب الأول
التأمينات العينية

١٣- تمهيد:

سبق أن رأينا أن المشرع ضمن حد أدنى من الحماية للدائنين، وذلك بتقرير نظام الضمان العام، أى أن أموال المدين ضامنه لديونه أو لالتزاماته، وأن جميع الدائنين متساوون أمام هذا الضمان العام. ورأينا أيضا أن المشرع قد وضع من الوسائل مايكفل حماية هذا الضمان العام والمحافظة عليه. ووجدنا أن الدائن قد سعى إلى شروط اتفاقية أو اتفاقات خاصة ليكفل لنفسه نوعا من الضمان بالإضافة إلى هذا الضمان العام.

وقد اتضح لنا عجز كل هذه الوسائل عن تحقيق تأمين كاف ضد مخاطر اعسار المدين أو افلاسه. فانتقل الدائن إلى نظام التأمينات الشخصية، بأن يسعى إلى شخص آخر يلتزم مع المدين بالدين، كالمدين المتضامن، أو أن يلتزم عن المدين بالدين، كالكفيل كما سنرى فيما بعد. وفى كل هذه الأحوال لم يخرج الدائن عن مبدأ المساواة المقرر بين الدائنين، وكل ماحصل عليه هو ضم ذمة هؤلاء إلى ذمة المدين حتى يقلل من مخاطر الاعسار، وأن يجد فى يسار أحدهم مايعوضه عن اعسار الآخر. ولذلك فان هذه الوسائل تعدد الضمان العام ولكن لاتخص الدائن بميزة معينة ولاتجنبه كل خطر.

ويأتى بعد ذلك دور التأمين العينى، وهو عبارة عن تخصيص مال أو أكثر لضمان دين الدائن، وذلك بتقرير حق عينى على هذا المال أو هذه الأموال، وبذلك يكون له الأفضلية عن غيره فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لهذا المال أو هذه الأموال. وبذلك تكون قد خرجنا عن مبدأ المساواة بين الدائنين. وبالإضافة إلى ذلك يكون للدائن حق تتبع هذا المال أو هذه الأموال فى أى يد ليمارس حقه فى التقدم على غيره من الدائنين.

وعندما يتحصل الدائن على تأمين عينى، فانه لايفقد حقه الشخصى الأصيل على الضمان العام للمدين، وانما يكون له علاوة على هذا الحق الأخير حق عينى تبعى على مال أو أموال معينة بالذات لضمان دين معين أو ديون معينة بالذات. وبذلك يكون للدائن صفتان: صفة باعتباره صاحب حق شخصى على الضمان العام لمدينه، ويستطيع بمقتضى هذا الحق أن ينفذ على كل أمواله مدينه، ولكن يخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين. وصفة باعتباره صاحب حق عينى على مال أو أموال معينة بالذات، ويستطيع بمقتضى هذا الحق أن ينفذ على هذه الأموال ويقتضى حقه بالأفضلية عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة. بل وله أن يتتبع هذا المال اذا ماخرج من ذمة المدين لينفذ عليه ويستوفى حقه بالأفضلية عن كل هؤلاء على المقابل النقدى.

وقد يكون محل هذا التأمين عقار أو منقول. وبالنسبة للتأمين الذى وعلى ذلك فان الرهن الرسمى والرهن الحيازى مصدرهما الاتفاق. وحق الاختصاص مصدره حكم القضاء، وحقوق الامتياز مصدرها القانون.

وقد يكون محل هذا التأمين عقار أو منقول. وبالنسبة للتأمين الذى وعلى ذلك فإن الرهن الرسمى والرهن الحيازى مصدرهما الاتفاق. وحق الاختصاص مصدره حكم القضاء، وحقوق الامتياز مصدرها القانون.

وقد يكون محل التأمين العينى عقار أو منقول. وبالنسبة للتأمين الذى يكون محله عقار الرهن الرسمى وحق الاختصاص. وبالنسبة للتأمين الذى يكون محله عقارا أو منقول رهن الحيازة وحقوق الامتياز.

وبعض هذه التأمينات قد يقتضى نقل حيازة العقار أو المنقول الذى تقرر عليه الحق العينى للدائن وبعضها لايقتضى ذلك. ومن أمثلة التأمينات التى تقتضى نقل حيازة العقار أو المنقول الذى تقرر عليه الحق العينى للدائن الرهن الحيازى.

والحقوق العينية التبعية فى القانون المدنى المصرى هى الرهن الرسمى

(من المادة ١٠٣٠ إلى ١٠٨٤)، وحق الاختصاص (من المادة ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥) والرهن الحيازى (من المادة ١٠٩٦ إلى ١١٢٩) وحقوق الامتياز (من المادة ١١٣٠ إلى ١١٤٩) وبالنسبة لحقوق الامتياز فهناك قوانين أخرى. بالإضافة إلى القانون المدنى تقرر مثل هذه الحقوق[1].

وسوف ندرس هذه التأمينات وفقا لنفس هذا الترتيب. وعلى ذلك سيكون موضوع الكتاب الثانى على النحو التالى:

الباب الأول: الرهن الرسمي.

الباب الثاني: حق الاختصاص.

الباب الثالث: الرهن الحيازي.

الباب الرابع: حقوق الامتياز.

---

(١) أنظر أحمد سلامة، التأمينات العينيةوالشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمى، ١٩٧٠ فقرة ١١ ص ٥١، وهو يرى أن هذه التأمينات ليست على سبيل الحصر، ولكن هناك تأمينات أخرى وردت فى مواضع أخرى، أنظر على سبيل المثال المادة ٨٩٥ مدنى، وقاعدة الا تركه الا بعد سداد الديون، ص ٥٢ ، ٥٣.



الباب الأول
الرهن الرسمي

تمهيد:

١٤- تعريف الرهن الرسمي:

قد أورد المشرع تعريفا للرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٠ من التقنين المدنى. وقد نصت هذه المادة على أن «الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص للوفاء بدينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون».

ويستفاد من هذا التعريف أن المشرع قد أطلق اصطلاح «الرهن الرسمى» على العقد الذى ينشىء الحق العينى التبعى لمصلحة الدائن. ومع ذلك فان الفقه يسلم بأن اصطلاح الرهن الرسمى ممكن أن يطلق أيضا على الحق العينى التبعى الناشىء من هذا العقد. وقد أكدت ذلك المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بقولها بأن «يطلق الرهن على العقد الرسمى وعلى الحق العينى الذى ينشئه هذا العقد، فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن»[1]. ويستوى أن يكون مالك المال المحمل بالحق العينى هو المدين أو غيره، أى الكفيل العينى.

وقد بين هذا التعريف مضمون هذا الحق، وذلك بالتركيز على الميزة الأولى التى يرتبها هذا الحق، وهى الأفضلية التى يخولها الحق العينى التبعى للدائن صاحب هذا الحق على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة. وقد بين المشرع أن مباشرة هذه الأفضلية يكون على ثمن العقار، ومما هو جدير بالذكر بأن تحديد مايرد عليه التقدم بأنه الثمن يعد تحديدا قاصرا يحول دون الرهن وتأدية وظيفته. وذلك لأن المشرع يفترض هنا أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١١٦.

الطريق الطبيعى والوحيد هو التنفيذ على هذا العقار ثم بيعه ومباشرة التقدم على الثمن الناتج عن هذا البيع. مع أنه قد يحدث أن العقار الذى تقرر عليه الرهن يهلك أو يتلف، ونتيجة لذلك قد يستحق الراهن مبلغا من التعويض الذى يدفعه المسئول عن الهلاك والتلف، أو أن يتقاضى مبلغ من التأمين فى حالة ما اذا كان هناك تأمينَ على هذا العقار، ومن المسلم به أنه فى جميع هذه الحالات الرهن يرد على مبلغ التعويض أو التأمين. فكان الأولى بالمشرع أن ينص على أن الدائن المرتهن يباشر حقه فى الأفضلية على ثمن العقار المرهون أو المقابل النقدى لهذا العقار كما نص على ذلك فى المادة ١٠٥٦ مدنى «يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذى حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم[١].

وقد ختم المشرع المادة ١٠٣٠ بنصه على أن الدائن المرتهن يستوفى حقه «من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون». وبذلك يتضح أن الميزة الثانية التى يخولها الحق العينى التبعى الناشىء عن الرهن الرسمى هو تتبع العقار فى أى يد يكون والتنفيذ عليه ومباشرة حقه فى الأفضلية فى مواجهة من انتقلت اليه ملكيته[٢].

١٥- خصائص الرهن الرسمي:

يمكننا أن نجمل خصائص حق الرهن الرسمى فى أربع، فهو حق عينى تبعى عقارى لايتجزأ.

١- الرهن حق عينى. فهو يتميز بكل ماتتميز به الحقوق العينية، فهو يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشىء موضوع الحق يستعملها دون وساطة شخص آخر. وهذه السلطة، على خلاف الحقوق العينية الأصلية،

---

(١) أنظر شمس الوكيل المرجع السابق فقرة ٣٠ ص ٦٧، منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية ١٩٦٣، فقرة ص٧.

(٢) السنهورى ، المرجع السابق، ص ١٢٦، ص ٦٩، محمود جمال الدين زكى المرجع السابق، فقرة ٧ قارن سمير تناغو المرجع السابق فقرة ٥٩.

لاتخول للدائن حقا فى استعمال الشىء أو استغلاله. وانما تخول له فقط استيفاء حقه من المقابل النقدى للعقار المرهون بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين فى المرتبة - كما له أن يباشر هذه الأفضلية حتى ولو كان هذا العقار قد انتقلت ملكيته من الراهن إلى الغير لأن هذا الحق له حجيته فى مواجهة الجميع، وهذه الحجية تتجسد فى ميزة التتبع المقررة للدائن بشرط أن يكون مشهرا، أى مقيدا[1].

٢- الرهن حق عينى تبعى، فهو تابع لغيره، لاينشأ الا تبعا لحق أصلى، يقوم على ضمان الوفاء به. وهذه التبعية تسيطر على أحكام الرهن الرسمى. وذلك لأن الرهن يتبع الحق الأصلى المضمون فى وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه.فالرهن الذى تتوافر له مقومات الوجود والصحة لايمكن أن يقوم اذا كان الحق المضمون باطل أو قابل للابطال وحكم بابطاله، وزوال هذ الحق يستتبع بالحتم زوال حق الرهن. كما أنه اذا كان الحق المضمون موجود ثم انقضى لأى سبب من أسباب الأنقضاء فان ذلك يستتبع انقضاء الرهن الرسمى بالتبعية له (أنظر المادة ١٠٤٢ والمادة ١٠٨٢ مدنى)[2].

٣- الرهن حق عينى تبعى لايرد إلا على عقار، الأصل أن الرهن حق عينى تبعى لايرد الا على عقار، وبالتالى فانه لايرد على المنقولات. ولكن قد ترد على هذا الأصل استثناءات تقتضيها الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات. وذلك لأن هذه الطبيعة الخاصة تسمح بامكانية شهر الحقوق العينية على هذه المنقولات وبالتالى اعلان وإعلام الغير بوجود مثل هذه الحقوق فيتحقق بذلك العلانية المطلوبة. ومن أمثلة هذه المنقولات السفن

---

(١) A.WEILL, op.cit., no. 267, p. 243 et 244, Mazeaud, op.cit., no 232, p. 241 وعبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨١ ص ٢٨٥.

(٢) انظر فى ذلك وفى خروج المشرع عن مبدأ التبعية فى بعض الدول A.WEILL, op.cit., No. 268 P. 244 et 245, Mazeaud, op.cit., No 236, p. 243 ومحمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٨٢ ص ١٦٣ ، ١٦٤، وشمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٧٦ ، ٧٧.

A.WEILL, op.cit., No. 269 p. 246

والمحل التجارى، والطائرات، من الممكن فى المستقبل أن تكون مركبات الفضاء أيضا محلا للرهون الرسمية. والحكمة من استبعاد المنقولات الأخرى هى عدم امكانية اتباع قواعد الشهر المقررة بصدد العقارات، ولذلك فإن هذه المنقولات يسهل تهريبها أو اخفائها مما يعرض حق الدائن والغير للخطر. ولذلك قد قام نظام نقل الحيازة فى المنقول حتى تقوم مقام اجراءات الشهر ويتحقق بذلك الأمن والضمان للدائن وللغير. ويكون بذلك رهنا حيازيا لارسميا[1].

٤- الرهن حق عينى تبعى عقارى غير قابل للتجزئة، ويقصد بمبدأ عدم التجزئة أن الرهن يثقل العقار بأكمله لضمان الوفاء بالدين كله، وقد أكد المشرع هذا المعنى بنصه فى المادة ١٠٤١ على أن «كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات كلها، مالم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك». وعلى ذلك فان هذه المادة فى شقها الأول تتكلم عن العقار المرهون باعتبار أن كل جزء منه يضمن الدين كله. فاذا كان هناك عدة عقارات ضامنة للوفاء بالدين للدائن فان لهذا الأخير الحق فى أن ينفذ بحقه كاملا على أى منها. ولايمكن أن يجبره أحد على أن يتنازل عن هذا الحق وأن ينفذ على أحدها بالذات. ومبدأ عدم التجزئة نافذا أيضا فى مواجهة الغير الذى تنتقل له ملكية العقار أو أحد العقارات المرهونة لضمان الدين، وذلك بأن يستطيع الدائن أن ينفذ على هذا العقار المبيع تحت يد المشترى ولايستطيع هذا الأخير أن يعارض الدائن فى ذلك أو أن يجبره على قبول جزء من الدين مقابل العقار بالنسبة إلى جملة العقارات المرهونة.

وتتكلم المادة ١٠٤١ مدنى فى شقها الثانى على أن كل جزء من الدين

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن هذه الخصيصة ليست جوهرية فى الرهن، أنظر أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٥.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ٢٧٤

A.WEILL, op.cit., No. 270, p. 247, Mazeaud, op.cit., No. 243 p. 250 et 251.

المضمون يعتبر مضمونا بالعقار أو هذه العقارات المرهونة كلها. فإذا أوفى المدين بجزء من الدين فان هذا العقار أو هذه العقارات المرهونة لاتتحرر بنسبة، ما أو فى، بل تظل جميعا ضامنة لما بقى من الدين المضمون دون وفاء[1].

ومع ذلك فان مبدأ عدم تجزئة الرهن لايتعلق بالنظام العام. ولذلك يجوز الاتفاق على خلافه، كما يجوز المشرع أن يخرج عليه بنص خاص فى القانون. وهذا ما أكدته المادة ١٠٤١ مدنى فبعد أن قررت مبدأ عدم تجزئة الرهن نصت على أنه «.. مالم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك»[1].

١٦- خطة البحث:

وستكون خطة دراستنا على النحو التالي: فى فصل أول نتكلم عن إنشاء الرهن، ونعرض فى هذا الفصل للشروط الموضوعية والشروط الشكلية اللازمة لقيام الرهن، وفى فصل ثان ندرس آثار الرهن الرسمى سواء فيما بين المتعاقدين أو فى مواجهة الغير، ونختم هذه الدراسة بفصل ثالث سنتناول فيه أسباب انقضاء الرهن الرسمى.

---

(١) أنظر محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ، ص ١٦٦، ١٦٧، عبد المنعم البدراوى، التأمينات العينية، فقرة ٨ ص ١٣، ١٤، وخاصة هامش ١، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٧٨ هامش ١، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٨٠ ص ٢٨٦ ومابعدها، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٤ وما بعدها. وأنظر أيضا نقض ١١ يوليو ١٩٧٢، مجموعة قضاء النقض، السنة ٢٤ رقم ٧٥ ص ١٠٥٠.

الفصل الأول

انشاء الرهن

١٧- تقديم وتقسيم:

سوف نتناول فى هذا الفصل دراسة الشروط الموضوعية، سواء كانت عامة أو خاصة بالرهن فى مبحث أول، ثم الشروط الشكلية اللازمة لانعقاد الرهن فى مبحث ثان.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية لانعقاد وصحة الرهن

وندرس فى هذا المبحث الشروط العامة من حيث الرضا والأهلية، ثم بعد ذلك ندرس الشروط الخاصة والمتعلقة بالدين المضمون والشىء المرهون ومشتملات الرهن.

المطلب الأول

الشروط العامة

ونقصد بالشروط العامة، تلك الشروط الواجب توافرها فى كل عقد وهى تتعلق بالرضا والأهلية. وبالنسبة للسبب فإنه ليس هناك مايخص الرهن الرسمى، بل أنه يخضع للقواعد العامة.

أولا - الرضـــا

وسوف نتكلم هنا عن التعبير عن الارادة وشروط صحة هذه الارادة.

١٨-(١) التعبير عن الإرادة:

يتحقق الرضا بمجرد أن يتبادل طرفا العقد، مع مراعاة الرسمية، التعبير عن ارادتين متطابقتين. وطرفا عقد الرهن الرسمى هما الدائن المرتهن والراهن. وفى الغالب أن يكون الراهن هو المدين، ولكن ليس هناك ثمة مايمنع من أن يكون الراهن شخصا آخر غير المدين. ويقوم هذا الشخص

بتقرير رهنا رسميا على عقار مملوك له ضمانا للوفاء بدين على غيره. وهـا هو الكفيل العينى. وقد أكد المشرع هذا المعنى فى المادة ١٠٣٢/ ١ وذلك بنصه على أنه «يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين».

وطبقا للقواعد العامة قد يصدر التعبير عن الارادة من طرفى العقد أو ممن ينوب عنهما قانونا أو اتفاقا - وعلى ذلك فانه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصا فى ابرام عقد الرهن، ويشترط حتى تكون هذه الوكالة صحيحة أن تكون وكالة خاصة بابرام الرهن وأن يتوافر فيها الرسمية وذلك طبقا لنص المادة ٧٠٢/ ١، والمادة ٧٠٠ مدنى. فقد نصت المادة ٧٠٢/ ١ مدني على أنه «لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء».

كما نصت المادة ٧٠٠ مدني على أنه «يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك» أما بالنسبة للدائن المرتهن فانه يمكن أيضا أن يوكل غيره فى قبول الرهن الرسمى وفى هذه الحالة يكفى أن تكون الوكالة عامة ولايشترط الوكالة الخاصة. وسوف نعود لدراسة هذه المسألة عند الكلام عن أثر اشتراط الرسمية فى عقد الرهن الرسمى.

أما بالنسبة للنيابة القانونية، فانه لايجوز للولى أو الوصى التصرف فى عقار ناقص الأهلية الا باذن من المحكمة - وحيث أن الرهن عمل من أعمال التصرف فانه لايجوز لهما رهن العقار الا بإذن من المحكمة. ويستثنى من ذلك الأب، حيث أنه يجوز له التصرف فى عقار القاصر اذا لم تتجاوز قيمته ثلثمائة جنيه، أو اذا كان العقار قد آل إلى الولد عن طريق التبرع من أبيه دون استئذان المحكمة. أما بالنسبة للارتهان، فانه يعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا بالنسبة للمرتهن، وعلى ذلك فانه يجوز

للولى أو للوصى الارتهان لصالح من هو مشمول برعايتهما دون اذن من المحكمة .

١٩ - (٢) شروط صحة الارادة:

يجب أن تكون الارادة الصادرة من طرفى العقد صحيحة . بمعنى أن تكون خالية من عيوب الارادة . وهذه العيوب كما هو معروف طبقا للقواعد العامة، هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

وبالنسبة لأكثر هذه العيوب احتمالا هو الغلط، وطبقا للقواعد العامة فى الغلط يشترط لكى يستطيع المتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يطلب ابطال العقد، أن يكون هذا المتعاقد قد وقع فى غلط جوهرى، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدنى) .

ويكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط (م ١/١٢١مدنى) . ومن المتصور أن يكون هذا الغلط الجوهرى فى صفة للشىء بشرط أن تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية، أو فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته بشرط أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد (م ٢/١٢١مدنى) .

وسوف نرى أنه عندما يقوم أحد الشركاء على الشيوع برهن جزء مفرز من العقار الشائع فان للدائن المرتهن أن يطلب ابطال الرهن اذا كان يجهل أن الراهن لايملك الجزء المرهون مفرزا، وذلك فى حالة اذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الراهن . وكذلك يطبق نفس الحكم فى حالة اذا مارهن أحد الشركاء على الشيوع العقار الشائع كله .

وتنطبق أيضا بالنسبة للتدليس فى صدد الرهن الاحكام العامة . وهى

التى تتطلب فى الحيل التدليسية التى يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه أن تكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد (م ١٢٥/ ١) واذا كانت هذه الحيل صادرة من غير المتعاقدين فيجب على المتعاقد المدلس عليه اذا أراد ابطال العقد، أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦ مدنى).

وينطبق أيضا القواعد العامة المتعلقة بالاكراه والمنصوص عليها فى المواد من ١٢٧ مدنى إلى ١٢٨ مدني، وكذلك تنطبق القواعد الخاصة بالاستغلال المنصوص عليها فى المادة ١٢٩ والمادة ١٣٠ مدنى.

وعلى ذلك اذا كان الرضا قد صدر ممن يملكه وكان خاليا من العيوب فانه يجب أن يصدر ممن هو أهلا له، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا - الأهلية

ويلزم أيضا لصحة عقد الرهن أن يصدر من شخص أهلا لمباشرته، ولذلك يجب أن نعرف ماهى الأهلية اللازمة حتى يكون الرهن صحيحا من جانب كل من الراهن والدائن المرتهن.

٢٠-(١) أهلية الرهن:

حيث أن الرهن عقد ملزم لجانب واحد، وهو الراهن، وحيث أن هذا الراهن يقدم على تصرف خطير، وهو تقرير حق عينى على مال من أمواله. فلذلك قد قرر المشرع أن الرهن لاينعقد الا إذا كان بورقة رسمية (م ١٠٣٨/ ١ مدنى). فقد استلزم المشرع أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه (م ١٠٣٢/ ٢ مدنى) سواء كان هذا الراهن هو نفس المدين أو كان شخص آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين (م ١٠٣٢/ ١م).

وعلى ذلك فان الرهن الرسمى يعتبر بالنسبة للراهن من أعمال التصرف لا من أعمال الادارة، لأنه وان كان لايترتب عليه خروج العقار المرهون من

ذمة الراهن الا أنه يثقل هذا العقار بحث عيني تبعي يقلل من صلاحيته باعتباره عنصرا من عناصر الائتمان التى يعول عليه المدين فى الاقتراض مرة أخرى مما يترتب عليه الحد من هذه القدرة. ولذلك يشترط فى تقرير هذا الحق أهلية التصرف فى العقار نفسه[1]. لكن هل يشترط أهلية التصرف فى العقار بعوض أم أهلية التصرف فيه تبرعا؟ وعلى ذلك فيجب أن نفرق بين ما اذا كان المدين هو الذى قرر حق الرهن على مال مملوك له أم أن شخصاً آخر قرر هذا الرهن على عقار مملوك له لضمان دين المدين.

بالنسبة للمدين الراهن يعتبر الرهن تصرفا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك لأن المرتهن حين يرهن العقار فانه قد يتحصل على مد أجل الالتزام الذى تقرر الرهن لضمانه. وفى هذا النوع من التصرفات يستلزم كمال الأهلية. فيشترط لكى يكون الرهن صحيحا أن يصدر من كامل الأهلية. وعلى ذلك فاذا صدر الرهن من الصبى المميز أو من فى حكمه كان قابلا للابطال.

أما بالنسبة للرهن الصادر من شخص غير المدين، أى الكفيل العينى، فانه يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً أو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحسب ما إذا كان قد رهن متبرعا أو تقاضى مقابلا، فإذا كان قد قدم الكفيل العينى الرهن تبرعا للمدين، ولم يحصل على أى مقابل، فانه يلزم أن تتوافر فيه أهلية التبرع. أى أن يكون كامل الأهلية. وعلى ذلك فان رهن الصبى المميز ومن فى حكمه يكون باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا كان الكفيل العينى قد قدم الرهن بمقابل، فانه فى هذه الحالة يكون الرهن من

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٨ ص ٢١، وعبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص ٢٩٥ وعبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ١٧، السنهورى، المرجع السابق فقرة ١٣١ ص ٢٩١.

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويكون رهن الصبى المميز ومن فى حكمه قابلا للابطال وليس باطلا (١).

٢١-(٢) أهلية الدائن المرتهن:

أن الرهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً بالنسبة للدائن المرتهن لأنه لايلتزم بشيء. وعلى ذلك فإنه لايلزم الا أهلية مباشرة هذه الأعمال. فيكفى اذن أن يكون مميزا. ولهذا يعتبر عقد الرهن صحيحا غير قابل للابطال اذا عقده الصبى المميز أو من فى حكمه أى المحجور عليه للسفه أو لغفله (٢).

ولكن هناك بالإضافة إلى هذه الشروط العامة، شروط خاصة بالرهن الرسمى، متعلقة بالدين المضمون وبالعقار المرهون، وهذا ما سنراه فى الفقرات التالية.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة

ونقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التى تحكم وجود وصحة الرهن وهذه الشروط تتعلق بالدين المضمون وبالعقار المرهون.

أولا - الدين المضمون

يجب أن ندرس فى هذا الصدد مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون، ثم ندرس بعد ذلك الالتزامات التى يجوز ضمانها بالرهن.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ، ص ٢٩٦، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ٢٣، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٢-١٧، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٢، ص ٢٩٢.

(٢) سليمان مرقس، التأمينات العينية فى القانون المدنى الجديد، فقرة ٢٣، ص ٣٢، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥، محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٤٣، ص ٢٣٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٨ ص ٢٠، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ١٦، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص ٢٩١، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٣ ص ٨٣، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٦١، وانظر عكس ذلك شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العينى، ١٩٥٣، فقرة ٧٩ ص ٧٣.

٢٢- (١) مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون:

قد سبق أن قلنا أن أهم مايميز التأمينات الشخصية والعينية بصفة عامة هو تبعيتها للدين الذى تقوم على ضمان الوفاء به. وعقد الرهن لايخرج عن هذا الأصل، فهو تابع للالتزام الأصلى فى وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه. وهو يقوم ويرتكز على وجود التزام صحيح، فاذا ما اعترى هذا الالتزام سببا من أسباب البطلان واعتبر كأن لم يكن فان نفس الحكم يمتد إلى الرهن، وكذلك اذا انقضى الالتزام الأصلى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام بصفة عامة، فان الرهن يلقى نفس المصير.

وتبعية الرهن للدين المضمون فى الوجود والانقضاء والصحة والبطلان يصدق حتى ولو كان الذى قد قدم الرهن شخص آخر غير المدين، أى الكفيل العينى. ولذلك فان لهذا الأخير أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين، حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو يكون قد تنازل عنها. كما أن للكفيل العينى أن يتمسك بالأوجه الخاصة به.

وقد كان المشرع حريصا كل الحرص على تأكيد هذا المبدأ. فقد نص فى المادة ١٠٤٢ مدنى على أنه «لاينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه، مالم ينص القانون على غير ذلك». «واذا كان للراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين».

ونخلص مما سبق أنه يشترط أن يكون الدين المضمون موجودا أو قابلا للوجود. فاذا كان الدين المضمون غير موجود ولايمكن أن يوجد فى المستقبل فان الرهن يكون باطلا. واذا وجد الدين ولكنه قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء، أو المقاصة، وقت عقد الرهن، فانه لايمكن أن يقوم هذا الرهن، ويعتبر كأن لم يكن.

كما يشترط أن يكون الدين المضمون صحيحا، فاذا كان هذا الدين قد

نشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقا، أو عقدا صوريا صورية مطلقة، أو كان قابل للابطال وحكم بابطاله بناء على طلب صاحب المصلحة فى ذلك. فان الرهن يبطل بالتبعية لبطلان الالتزام الأصلى.

٢٣- (٢) الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن:

كل التزام صحيح يمكن أن يضمنه الرهن، أيا كان مصدره سواء كان عقدا أو فعل ضار أو فعل نافع أو نص فى القانون، وأيا كان محله، سواء كان التزام بعمل أو بامتناع عن عمل، أو التزام باعطاء شىء.

وقد يكون الالتزام المضمون منجزا، أو مضاف إلى أجل، فاسخ أو واقف. ويمكن أن يكون التزام بات، أو التزام معلق على شرط، فاسخ أو واقف. وقد يكون الالتزام المضمون حالا أو مستقبلا، محددا أو غير محدد ويشترط فى كل هذه الأحوال أن يخصص الدين المضمون كما سوف نرى فى مبدأ التخصيص.

ويمكن أن نعرض بشىء من التفصيل لبعض هذه الالتزامات، حتى يمكننا أن نقف على الحكم الذى استقر عليه الفقه والقضاء، لأنها تثير بعض الخلافات.

٢٤-(أ) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام القابل للابطال:

الالتزام القابل للابطال هو التزام موجود منتج لاثارة إلى أن يحكم بابطاله. وعلى ذلك فانه يمكن أن يقوم رهن على ضمان مثل هذا الالتزام، كل مافى الأمر أن مصير هذا الرهن سيكون مرتبط بمصير الالتزام الأصلى. فإذا بقى دون أن يطلب صاحب المصلحة ابطاله فان الرهن يظل قائما ضامنا لهذا الدين مثله مثل أى دين صحيح.

وينطبق نفس الحكم اذا كان صاحب الشأن قد أجاز هذا الالتزام. إذ بالاجازة يتأكد الإلتزام ويثبت ولايتعرض لأى زوال ويترتب على ذلك بقاء الرهن وثباته. لكن يجب أن نلاحظ أنه اذا كان الرهن مقدم من شخص آخر غير المدين فان له، بجانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به، أن يتمسك

الخاصة به، أن يتمسك بجميع الدفوع التى للمدين أن يتمسك بها حتى ولو لم يتسمك بها المدين أو حتى لو تنازل عنها (١٠٤٢/٢مدنى). ولكن فى حالة ما اذا كان الكفيل العينى قدم الرهن لضمان دين ناقص أهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد فانه ليس له أن يحتج لهذا الوجه طبق لنص المادة ٧٨٢/٢. كما أنه اذا قدم الرهن لضمان دين ناقص الأهلية وكان ذلك بسبب نقص أهليته فانه فى هذه الحالة يبقى التزام الكفيل العينى قائما حتى ولو تمسك المدين الأصلى بنقص أهليته وحكم له بابطال التزامه، لأن الكفيل العينى ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول (م ٧٧٧ مدنى) وسوف نعرض لذلك بصدد الكلام عن كفالة التزام ناقص الأهلية.

٢٥- (ب) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعى هو الالتزام الذى يتخلف فيه عنصر المسئولية، أى لايستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ هذا الالتزام (م ١٩٩/٢مدنى) وعلى ذلك فهل يجوز تقرير رهن لضمان الوفاء بالالتزام الطبيعى؟

يرى بعض الفقهاء جواز ذلك استنادا إلى أنه اذا كان لايمكن اجبار المدين على تنفيذ الالتزام الطبيع الا أنه التزام موجود[١]. بينما يذهب رأى آخر إلى عدم جواز ذلك استنادا إلى أنه من غير المتصور أن المدين يمكن مقاضاته بالدعوى العينية فى الوقت الذى لايمكن الرجوع عليه بالدعوى الشخصية أي بدعوى الدين[٢].

فى مصر يذهب الفقه الغالب إلى أن الأصل لايجوز تقرير رهن لضمان الالتزام الطبيعى لكن اذا أمكن تفسير نية المدين بتقريره رهن على مال مملوك له لضمان هذا الالتزام بانه تجديد للالتزام الطبيعى بالتزام مدنى، فان الرهن يكون صحيحا لاعلى اعبتار أنه تقرر لضمان الوفاء بالتزام

---

(١) BAUDRY - LACONTINERIE ET DE LOYENES, Du nantissement, des pri- viléges et hypothéues, t. II, 2e édit. No. 1280, p. 374.

(٢) M.PLANIOI, G. RIPERT, et E. BECQUE. Traite pratique le droit civil français. 2e édit 1953, T. XII No. 331, p. 378.

طبيعى وانما على اعتبار أنه ضمان للوفاء بالتزام مدنى[1]. لكن يجب ملاحظة أن التجديد لا يفترض بل يلزم الاتفاق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤مدنى)[2].

٢٦- (جـ) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام الشرطي أو الاحتمالي أو المستقبل:

وقد نصت المادة ١٠٤٠ مدنى صراحة على أنه «يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى اليه هذا الدين».

وعلى ذلك فقد يكون الدين المضمون بالرهن دينا معلقا على شرط، سواء كان فاسخا أو واقفا. وبالنسبة للدين المعلق على شرط فاسخ، فهو دين موجود ولكن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه ففى الفترة السابقة على تحقق الشرط يستطيع الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ أن يشترك فى التوزيع بحسب مرتبه رهنه، ويحصل على نصيبه فى التوزيع. أما بعد تحقق الشرط الفاسخ، فان الدين يعتبر كأن لم يكن ويزول بأثر رجعى. ولذلك نجد أن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهب إلى الزام الدائن فى هذه الحالة بتقديم ضمان كاف يكفل رد ما استوفاه فاذا ماتم ذلك فانه يعاد توزيع مارده هذا الدائن على سائر الدائنين[2].

أما اذا كان الدين المضمون بالرهن معلق على شرط واقف، فهو دين محتمل الوجود ولكنه غير مؤكد. وعلى ذلك فانه قبل تحقق الشرط لايستطيع الدائن أن يطالب بحصة عاجلة فى التوزيع لأن حقه احتمالى وحتى لايحرم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٣٦، ص ٣٥٦، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٩١، ٩٢، وقارن عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٢١.

(٢) AUBRY et RAU, Droit civil français, T.III. 285, No. 313, p. 405
M.PLANIOL, G. RIPERT, Par Becqué op:cit., T. XIII, No. 976, p. 283.

الدائنين التاليين له فى المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل المقابل النقدى للعقار.

ويرى بعض الفقهاء أن يقدر حصة احتمالية له كافية لضمان دينه المعلق على شرط واقف، ثم يوزع المقابل النقدى للعقار بأكمله على الدائنين التالين له فى المرتبة بشرط أن يقدم هولاء تأمين كاف لضمان حصة هذا الدائن اذا تحقق الشرط.

واذا كان الدين ناشئا عن فتح حساب الجار، فانه يعتبر دينا احتماليا ومستقبلا، احتماليا لأنه لايعرف من سيكون الدائن قبل اقفال الحساب الجارى. ومستقبلا لأنه أيا كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكن سيوجد فى المستقبل. وفى هذه الحالة يجب أن يحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى اليه هذا الدين. واذا كانت هناك مدة معينة لنشأة الدين المستقبل أو الاحتمالى، فأن الرهن لايضمن الا ماينشأ خلال هذه المدة.

ومن حيث حساب مرتبة الرهن فى كل هذه الحالات قد نصت المادة ١٠٥٧ مدنى على أنه «تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا».

ثانياً- الشيء المرهون

فى هذا الصدد يجب أن نتعرف على الشروط الواجب توافرها فى الشىء المرهون، وسوف نفرد لشرط ملكية الراهن للعقار المرهون بندا خاص لأهميته، ثم نتكلم بعد ذلك عن مشتملات الرهن.

٢٧- (أ) الشروط الوجب توافرها في الشيء المرهون ذاته:

يجب أن يتوافر فى الشىء المرهون ثلاث شروط، أن يكون عقارا، وأن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه وأن يكون هذا العقار موجود وقت الرهن.

٢٨-(١) يجب أن يكون الشيء المرهون عقارا:

تنص المادة ١٠٣٥ مدنى على أنه «لايجوز أن يرد الرهن الرسمى الا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

فالرهن الرسمى لايرد إلا على العقار دون المنقول. والحكمة من ذلك هو أن حيازة الشيء المرهون تبقى فيه للراهن، فلاتنتقل إلى المرتهن. فاذا كان الشيء المرهون منقولا لأمكن للراهن أن يتصرف فيه تصرفا يضر بحقوق المرتهن وذلك لأن المنقولات بحسب طبيعتها، متماثلة ويسهل التصرف فيها وانتقالها بسرعة من يد إلى يد ومن مكان إلى مكان. بالإضافة إلى ذلك فإن الرهن الرسمى يستلزم شهره بالقيد حتى يسرى فى مواجهة الغير، والمنقولات، كقاعدة عامة، لايمكن اخضاعها لنظام الشهر. ولهذا قد ظهر نظام الرهن الحيازى الذى يجيز رهن المنقولات وذلك بنقل حيازتها إلى الدائن المرتهن أو عدل ينوب عنه. ويكون هذا الانتقال بمثابة شهر واعلان لوجود الرهن. ويكون بمثابة الضمان للدائن المرتهن من التصرفات الضارة بحقوقه من جانب المدين الراهن.

ويترتب على وجوب كون المرهون عقارا عدم امكان رهن المنقول رهنا رسميا، كقاعدة عامة، وسواء كان هذا المنقول ماديا أو غير مادى، فلايجوز رهن السيارات رهنا رسميا، ولا أثاث المنازل وغير ذلك، ولايجوز رهن الديون رهنا رسميا، ولارهن حق المستأجر، وهو حق شخصى منقول ولو كان الشيء المؤجر عقارا. ولايجوز رهن حق المؤلف رهنا رسميا. كما أنه لايجوز رهن العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار المخصصة لخدمته أو استغلاله. وذلك لأن العقارات بالتخصيص انما تكسب صفتها العقارية من الحاقها بالعقار، فاذا تصرف فيها مجردة عنه، عادت اليها صفتها المنقولة. واذا كان من غير الممكن رهن العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار الملحقة به، فان رهن هذا العقار الأخير يشملها، على اعتبار أنها من توابعه[1].

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٠٧، ص ٣١٢، ٣١٣.، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٧، ص ٢٤.

ومع ذلك فان القانون قد أجاز رهن بعض المنقولات، وذلك بسبب طبيعتها الخاصة والتى يمكن بصددها شهر الرهون، كما أن ذلك يستجيب لاعتبارات عملية ذات أهمية كبرى. فقد جاء القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ليضع نظام يقترب من نظام الرهن الرسمى بالنسبة للمحال التجارية. وكذلك قد نظم المشرع بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهن السفن البحرية.

٢٩- (٢) يجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

وقد نصت المادة ٣/١٠٣٥ على أنه «يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى..»

والحكمة من هذا الشرط واضحة هو أن الدائن المرتهن عندما يتعذر عليه الحصول على حقه يلجأ إلى التنفيذ على العقار بمقتضى حقه العينى التبعى، وهذا التنفيذ ينتهى ببيع العقار حتى يستوفي حقه من ثمنه. فاذا كان هذا العقار لايجوز التعامل فيه أو بيعه بالمزاد العلنى لفقد الرهن سبب وجوده وانتفت الغاية منه.

ويترتب على وجوب كون العقار المرهون مما يصح التعامل وبيعه بالمزاد العلنى، أنه لايجوز رهن الأموال العامة ولا العقارات الموقوفة، كما لايصح رهن العقارات التى يشترط عدم التصرف فيها(١). كما لايجوز رهن حقوق الارتفاق مستقلة عن العقار المخدوم، لأنه لايمكن بيعها بالمزاد العلنى مستقلة عن هذا العقار. ولكن يشمل رهن العقار حقوق الارتفاق المخصصة لخدمته(٢). كما لايجوز رهن حق الاستعمال وحق السكنى اذا ماوردا على عقار، لأنه لايصح التصرف فيهما كقاعدة عامة (م ٩٩٧مدنى). ولايجوز رهن الحقوق العينية التبعية مستقلة عن الالتزام الذى تضمن الوفاء به، لأنه لايمكن بيعها مستقلة عن الالتزام الأصلى الضامنة له، بل أنها لاتوجد أصلا مالم تستند إلى هذا الالتزام، وعلى ذلك

(١) قارن شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٥٦.
(٢) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٢٦.

فانه لايجوز رهن الرهن الرسمى، أو حق الاختصاص، أو حق الرهن الحيازى، أو حقوق الامتياز، لكن اذا رهن الالتزام المضمون رهنا حيازيا كان للمرتهن أن يفيد من الرهن الضامن له(١).

٣٠-(٣) يجب أن يكون العقار موجودا وقت الرهن:

وقد نصت المادة ١٠٣٣ مدنى فى فقرتها الثانية على أنه «يقع باطلا رهن المال المستقبل». وعلى ذلك فان حكم رهن الأموال المستقبلة هو البطلان المطلق. وهذا الحكم يعتبر استثناء من الحكم العام الوارد فى المادة ١/١٣١ والذى ينص على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا» لكن ماهو المقصود بالمال المستقبل؟

تستطيع أن نقول أن المقصود بالمال المستقبل فى حكم هذه المادة هو المال غير الموجود فى ذاته فعلا وقت ابرام العقد وان كان من الممكن أن يوجد فى المستقبل، كبناء يزمع شخص اقامته. فاذا قام هذا الشخص برهن هذا البناء، ولو أمكن أن يحدده تحديدا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، فإن هذا الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة ٢/١٠٣٣(٢).

واذا كان يعتبر فى حكم المال المستقبل ماعسى أن يؤول إلى شخص معين من أموال بغير تحديد فان رهن مثل هذه الأموال يعتبر باطلا لا لاعتبار أنه رهن المال مستقبل وانما لاعتبار عدم التخصيص ويكون ذلك طبقا لنص المادة ٢/١٠٣٥ مدنى.

كما أن الرهن الذى يرد على مال مملوك للغير، فانه يعتبر رهنا لشيء موجود ومعين بالذات ولكنه غير مملوك للراهن، وحكم هذا الرهن يعتبر قابلا للابطال طبقا لنص المادة ١/١٠٣٣ ولايعتبر فى هذه الحالة رهن لمال مستقبل(٣).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٠٨ ص ٣١٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٧.

(٢) أنظر أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ١٥٠، ١٥١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٢٧، ٢٨.

(٣) قارن سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٤٣، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع

نخلص من كل ماسبق أن حكم المادة ٢/١٠٣٣ مدنى يعد حكما مستقلا عن غيره من أحكام واردة فى نفس المادة فى فقرتها الأولى، والخاص برهن ملك الغير، وعن حكم المادة ١/١٠٣٥ والخاص بتعيين العقار تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، فرهن المال المستقبل، هو المال الذى لم يوجد أصلا ومن المحتمل وجوده فى المستقبل، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، حتى ولو لم يكن مملوكا لغير الراهن وكان قد خصص. ويبرر الفقهاء حكم هذه المادة بقولهم بأن المشرع أراد حماية الراهن من اندفاعه وعدم تبصره بخطورة مايقدم عليه، وحتى لايقع ضحية لاستغلال المرابين[1].

واذا كنا قد حددنا المقصود برهن المال المستقبل على النحو السالف ذكره، الا أنه مع ذلك لايسعنا الا أن ننتقد حكم هذه المادة، وذلك لأنه يعد استثناء على الأحكام العامة الواردة فى المادة ١٣١ ليس له مايبرره، بل أنه يعوق الائتمان ويشل المعاملات فى وقت تتسم فيه هذه المعاملات بالسرعة ويسودها مبدأ التوقع وبالتالى امكانية التعامل فى الأشياء المستقبلة ورهنها[2].

٣١-(ب) شرط ملكية الراهن للعقار المرهون:

وقد اشترط المادة ٢/١٠٣٢ مدنى صراحة «أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ...» وطبق لهذا النص يلزم أن يتوافر هذا الشرط سواء كان الراهن المدين ذاته أو الكفيل العينى الذى يقدم عقارا ليقرر عليه حق عينى لضمان الوفاء بالتزام المدين.

=السابق، فقرة ٢١٥ ص ٣٢١، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٥١٩، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢١٧، ٢١٨، وشفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ١٠٣، ١٠٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٣، ص ٢٩ ومابعدها، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٥٨ ومابعدها، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٣٠٨ ومابعدها، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٣١، ٢٣٢.

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ١٥١، ١٥٢.

(٢) قارن تفسير الدكتور سمير تناغو وانتقاده لهذه المادة، المرجع السابق، فقرة ٦٩، ص ١٦٢ ومابعدها.

وهذا النص يقتضى منا دراسة عدة نقاط متعلقة بملكية الراهن للعقار المرهون. فيجب أن نتعرض بالدراسة لرهن ملك الغير، والرهن المقرر على المبانى المقامة على أرض الغير، ثم بعد ذلك ندرس حكم الرهن الصادر من مالك العقار تحت شرط، أو مالكا زالت ملكيته بأثر رجعى، والرهن الصادر من المالك الظاهر، وأخيرًا حكم الرهن الصادر على عقار مملوك على الشيوع.

٣٢- (١) رهن ملك الغير:

قد نص المشرع فى المادة ١٠٣٣ مدنى على أنه «اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية» «واذا لم يصدر هذا الاقرار فان الرهن لايترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن».

ويقصد برهن ملك الغير، الرهن الذى يعقده الراهن باسمه ولحسابه مع الدائن المرتهن على عقار قائم مملوك للغير[١]. ويترتب على ذلك أنه لايدخل فى نطاق رهن ملك الغير الرهن الذى يعقده النائب عن مالك العقار حتى ولو كان متجاوزا به حدود نيابته، أو لم يكن هناك نيابة أصلا – كما يستبعد من نطاق رهن ملك الغير العقد الذى يتعهد فيه شخص بالحصول على رضاء المالك بالرهن (م ١٥٣ مدنى)[٢].

ولم يكن هناك نص خاص برهن ملك الغير فى القانون المدنى القديم شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى. وقد ثار الخلاف فى حكم مثل هذا العقد، ولكن استقر الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون الملغى على أن رهن ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا. وقد تأسس هذا الحكم فى فرنسا على أساس المادة ٢١٢٩ التى تعالج مبدأ التخصيص وفى القانون

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٨٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤١.

(٢) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٨٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤١ هامش، وانظر عكس ذلك سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص ١٨٥ – وبصفة خاصة هامش ٣.

المصرى القديم تأسس الحكم على نص المادة ٥٦٣/٦٨٧ التى كانت تقضى ببطلان رهن العقارات التى تؤول إلى الراهن فى المستقبل. وقد رتب الفقه والقضاء جميع الآثار التى تترتب على البطلان المطلق.

ثم جاء التقنين المدنى الجديد ليوحد فى الحكم مابين بيع ملك الغير، والذى كان يعتبر باطلاً بطلاناً نسبيًا، ورهن ملك الغير رهناً رسمياً ورهن ملك الغير حيازة لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع. وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن)، كما يجيزه اقرار المالك الحقيقى أو انتقال الملكية منه إلى البائع الراهن[1].

ويتضح مما سبق أن المادة السابقة لم تعرض لوصف العقد، ولكنها تقطع بأن العقد لايعتبر باطلا بطلانا مطلقا، حيث أنها تجيز تصحيح رهن ملك الغير باكتساب الراهن لملكية العقار المرهون، أو اقرار المالك الحقيقى للرهن[2]. فالاقرار الذى يصحح العقد لايرد الا على عقد قائم فعلا، كما أن ترتيب حق الرهن على إثر تملك الراهن للعقارالمرهون يقتضى القول بوجود العقد قبل هذا التملك[3].

وقد أكدت المذكرة الايضاحية أن رهن ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، وأن هذا البطلان النسبى من نوع خاص أنشأه المشرع لتوخى حكمه خاصة[4]. وعلى ذلك فان البطلان النسبى لرهن ملك الغير لايتفق مع القواعد العامة فى البطلان.

ولذلك فقد اختلف الفقهاء فى تأصيل رهن ملك الغير، فمنهم من يأخذ بما جاء فى المذكرة الايضاحية[5]. ومن الفقهاء من يرى أن المشرع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١٤.

(٢) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ٩٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤٢.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤٢.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية. جزء ٤ ص ١٩٣.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢١٣ ص ٣١٨، محمد على أمام المرجع السابق، فقرة ١٤٩ ص ٢٤٢، السنهورى، المرجع السابق، ١٣٨ ص ٣٠٧.

المصرى جاوز بنص المادة ١٠٣٣ مدنى الغاية التى يسعى إلى تحقيقها، واعتبرو أن الجزاء الوارد فى نص المادة ١٠٣٣ ليس هو البطلان المطلق، ولاهو البطلان النسبى بنتائجه التقليدية، وإنما جزاء خاص ونوع خاص من البطلان ابتدعه القانون تمشيا مع نص المادة ١٠٣٢ مدنى الذى يقضى بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. وهو جزاء حدد المشرع نطاقه بقدر ما أصاب الرهن من عيب، فإذا زال العيب ارتفع فورا الجزاء، ويزول العيب بتملك الراهن للعقار المرهون. أو اقرار المالك الحقيقى للرهن. وهذا الرأى كان يفضل استخدام المشرع صياغة أخرى تحقق غايته، وهى صياغة يستعيرها من القانون الإيطالى، المادة ٢٨٢٢، وهى لاترى فى رهن ملك الغير أى عيب يبرر بطلانه، الا بتطبيق القواعد العامة فى الغلط بطبيعة الحال، وكل مافى الأمر أن مثل هذا العقد تتعطل آثاره بالنسبة للغير حتى يصبح الراهن مالكا، وعندئذ يجوز قيد الرهن، ويمكن الاحتجاج به على الغير، واقرار المالك الحقيقى للرهن فهو أمر يستفاد من القواعد العامة دون حاجة إلى نص[١].

ويرى جانب آخر من الفقه تأصيل هذه الأحكام على أساس آخر وهو نظرية تحول العقد الباطل. فيمكن طبقا لهذا الرأى «تحويل عقد بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير الباطلين بسبب استحالة محلهما إلى عقد غير مسمى منشىء للالتزامات الشخصية فقط بنقل الملكية أو بانشاء حق الرهن اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى هذا العقد لو علما بطلان العقد الذى انصرفت اليه نيتهما الأصلية» ثم بين بعد ذلك كيف تظهر هذه النية على ضوء الأحكام التى وضعها المشرع[٢].

ومن الفقهاء من يرى أن العقد لايعتبر باطلا بطلانا مطلقا أو نسبيا «فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقد موقوف. والعقد الموقوف يتوقف أثره فيما

---

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ٩٥.

(٢) سليمان مرقس، التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد، فقرة ٤٣ ص ٦٥ ومابعدها، وأنظر فى نقد هذا الرأى للسنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٨ ص ٣٠٥.

بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان»[١].

ويذهب البعض الآخر إلى وجوب التفرقة بين حكم العقد بالنسبة لطرفيه وحكمه بالنسبة للمالك[٢]. فبالنسبة لهذا الأخير فانه عقد غير نافذ فى حقه، أما بالنسبة للطرفين فان رهن ملك الغير يعتبر تعاقد بينهما ويخضع للقواعد العامة. ويجب التفرقة فى هذا الصدد بين فرضين، الأول، فيما اذا كان المتعاقدين أو أحدهما يجهل أن المال ليس مملوكا للراهن فيكون العقد هنا قابلا للابطال للغلط. وان كانت مصلحة الراهن فى الابطال لاتبدو واضحة وضوح مصلحة المرتهن. ويكون لصاحب المصلحة التمسك بالابطال وله أن ينزل عنه أو لايثره فى المدة المحددة فتتأكد صحة العقد بين طرفيه[٣]. أما إذا كان الطرفان يعلمان أن المال المرهون ليس مملوكا للراهن فالغالب أن يكون لدى الراهن اعتقاد معقول فى أنه سوف يكتسب الملكية، أو سوف ينجح فى حمل المالك على أن يقدم ماله ضمانا. فإذا لم يقم الراهن بتنفيذ التزامه بانشاء الرهن فان للمرتهن أن يطلب الفسخ لا الابطال. فاذا لم يطلبه بقى الراهن ملتزما بذلك، ينفذه عن طريق اكتسابه ملكية مارهن، أو يجعل المالك يقر مافعل[٤] وفى حالتى علم المرتهن أو جهلة لانكون أبدا بصدد عقد رهن، وإنما يمكن اعتباره وعد بالرهن لكن لايخضع لحكم المادة ١٠٢ مدنى لعدم استيفاء الوعد ركن من أركان العقد وهو ملكية الراهن لما رهن وعلى ذلك فانه يعتبر عقدا غير مسمى يرتب التزامات شخصية[٥].

---

(١) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العينى فقرة ٩١ ص ٨٤، وأنظر فى نقد هذه الفكرة عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢١٣ ص ٣١٨ هامش ١، وقارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٤، وأنظر فى انتقاد هذا الرأى بصفة عامة، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٧.

(٣) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٨.

(٤) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٩.

(٥) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٤٠.

ويذهب فريق آخر من الفقهاء أخيرا إلى أن رهن ملك الغير فى التشريع الوضعى يعتبر تصرف قابل للتصحيح باعتبار صورة من صور البطلان النسبى. ومعنى هذا أن التصرف لايعتبر قائما ولاينتج آثاره مالم يتم تصحيحه، ويتم تصحيحه باقرار المالك الحقيقى وبملكية الراهن للعقار المرهون. وليس للمرتهن حق اجازة العقد كما أن ليس له حق طلب ابطال العقد حيث لاحاجة إلى ذلك لأن العقد غير منتج لآثاره حتى يتم تصحيحه. ويستطيع أن يستند إلى ذلك ليطلب سقوط الأجل على أساس أن الراهن لم يقدم ماوعد بتقديمه(١). وواضح أن هذا الرأى يصطدم مع صريح النص وأيضا مع ماورد فى المذكرة الايضاحية وماهو مستقر عليه فقهاً وقضاءً بأن العقد صحيح ومنتج لأثاره إلى أن يحكم بابطاله وأن للمرتهن حق الاجازة.

هذه هى الآراء التى سيقت لتأصيل حكم المادة ١٠٣٣ مدنى. وهذه الآراء جميعا لم تسلم من النقد ولم توفق فى إيجاد وصف دقيق لعقد رهن ملك الغير – ونحن نرى، دون الالتجاء إلى المجاز القانونى أو الافتراض، أن نبحث الحكم الذى قررته هذه المادة فى ذاته.

وعلى ذلك فانه يمكن القول بأن المادة ١٠٣٣ تتكلم عن عقد الرهن، وأن هذا العقد يصبح صحيحا اذا أقره المالك أو تملك الراهن العقار المرهون. وهذا العقد طرفاه المدين الراهن والدائن المرتهن. وبناء على ذلك فان هذا العقد قائم ومنتج لاثاره فيما بين الطرفين الا أن يحكم بابطاله، وقد جاء ذلك صريحا فى المذكرة الايضاحية بقولها «فى الفروض الثلاثة – بيع ملك الغير، ورهن ملك الغير رسميا ورهن ملك الغير حيازة، يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته «المشترى أو الدائن المرتهن»(٢). وعلى هذا فإذا تمسك الدائن المرتهن بابطال العقد فان على القاضى أن يجيبه إلى طلبه، اذ له مصلحة واضحة فى ذلك وهو استناده إلى عدم تملك الراهن للعقار المرهون،

---

(١) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص ١٨١.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١٤.

وبالتالى عدم توافر الشروط اللازمة لحصوله على الضمان الذى يبغيه. ويترتب على الحكم بابطال هذا العقد اعتباره كأن لم يكن بين الطرفين. مما يؤدى إلى سقوط الأجل لعدم تقديم المدين الراهن التأمين الذى وعد به (م ٢٧٣ مدنى)[1].

فإذا لم يتمسك الدائن المرتهن أو سقط حقه فى التمسك بمضى المدة، أو أجاز العقد، على أن الأجازة هنا لايقصد بها تصحيح العقد، اذ المرتهن لايملك ذلك، وانما يقصد بها التنازل عن الحق فى التمسك بالابطال لعدم تملك المدين الراهن للعقار المرهون. وفى كل هذه الحالات يتأكد وجود العقد فيما بين الدائن المرتهن والراهن. ويستطيع الدائن المرتهن أن يطالب بتنفيذ هذا العقد، فان لم يستطع الراهن ذلك، لعدم استطاعته الحصول على اقرار المالك أو عدم استطاعته تملك العقار المرهون، فان القاضى يحكم بسقوط الاجل والزام الراهن بالتنفيذ الفورى لالتزامه، أى دفع الدين المضمون، ويمكن أيضا أن يحكم بالتعويض للدائن اذا أثبت هذا الأخير أنه قد اصابه ضرر من جراء ذلك. ولامحل للقول هنا بالفسخ حيث أن عقد الرهن عقد ملزم لجانب واحد، وأن الدائن المرتهن لم يكن ملتزما بشىء بمقتضى هذا العقد[2].

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤٦، حيث يرى أنه ليس للدائن المرتهن مصلحة فى طلب ابطال العقد. فاذا أراد أن يصل إلى اسقاط أجل الدين لعدم تقديم المدين للتأمينات التى وعد بتقديمها فيكفى لهذا أن يثبت حق الرهن نفسه لم ينشأ لعدم ملكية الراهن للعقار.

(٢) انظر عكس ذلك أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٩، عبد المنعم فرج الصده التأمينات العينية، رقم ٣٨ ص ٣٥، السنهورى، المرجع السابق، فقرة١٣٨ ص ٣٠٤، ٣٠٧ حيث أنه يقول «ولو لم يوجد نص المادة ١٠٣٣ لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل للابطال بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ كما قيل ذلك فى ايجار ملك الغير حيث لايوجد نص يقرر الابطال». ونحن نعلم أنه ليس هناك أى محل للقياس بين رهن ملك الغير وايجار ملك الغير، حيث أن عقد ايجار ملك الغير عقد ملزم للجانبين ومن ثم من الممكن أن يتصور بصدده الفسخ، أما عقد رهن ملك الغير فهو عقد ملزم لجانب واحد وبالتالى لا يمكن قصور الفسخ وأنظر فى تأكيد هذه الحقيقة لنفس المؤلف الجزء الأول، فقرة ٤٦٧ ص ٧٨٨، وفقرة ٤٦٨ ص ٧٨٩.

-أما بالنسبة للمالك الحقيقى فالعقد غير نافذ فى مواجهته، ويعتبر أجنبيا عن هذا العقد،فلا يلزمه بشىء الا اذا أقره. لكن يجب أن يكون هذا الاقرار قبل تمسك الدائن المرتهن بالابطال والا اعتبر غير ذى قيمة، حيث أن التصرف الذى يريد اقراره ليصبح نافذا فى مواجهته قد زال واعتبر كأن لم يكن ليس بالنسبة له فحسب بل بالنسبة لأصحاب الشأن وهما طرفا العقد. واقرار المالك، فى حالة تدخله فى الوقت المناسب، يعطى للعقد فعالية ويجعله كاملا صحيحا وبالتالى يتحقق لهذا العقد امكانية التنفيذ. ويترتب على هذا الاقرار أيضا أن يسقط حق الدائن المرتهن فى التمسك بالابطال حيث أن ليس له حجة أو عذر لطلب تخلصه من هذا العقد، كما أن هذا الاقرار يجعل اجازته أيضا غير ذات موضوع اذا ماصدرت بعد هذا الاقرار.

وبهذا النظام يكون المشرع قد حقق التوازن والحماية لكل من الدائن والمرتهن والمالك الحقيقى. فالاجازة تؤكد وجود التصرف بين الطرفين مما يجعله مرتبا لآثارا قانونية، والاقرار يعطى له القوة والفعالية اللازمين، وبالتالى امكانية تنفيذه. على أنه يشترط لكى ينتج هذا الاقرار أثر أن يتم فى ورقة رسمية. والاقرار الذى يصدر من المالك يجب الا يترتب عليه الاضرار بالغير، وعلى ذلك فاذا كان المالك قد رتب قبل اقراره رهنا لشخص آخر أو أى حق عينى آخر على العقار وتم شهره فان الرهن الذى يقره لايؤثر فى حق الغير الذى تقرر من قبل [١].

وكذلك يصح العقد وينشأ حق الرهن اذا آلت ملكية العقار إلى الراهن اذ يزول السبب الذى أدى إلى عدم ترتيب هذا الأثر، وينشأ الحق من وقت تملك الراهن للعقار، وذلك طبقا لنص المادة ١٠٣٣ «لايترتب حق الرهن على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن» وهذا طبيعى

---

(١) قارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٢٩، حيث أنه يرى أن الرهن يعتبر بهذا الاقرار قد عمل من جديد، ولايكتسب المرتهن، أولوية الا بالقيد المستند إلى هذا الاقرار، حيث أن الاقرار ليس له أثرا رجعيا.

ومنطقى حيث أنه لايمكن أن نجعل لتملك الراهن للعقار المرهون أثر رجعى. على أنه فى هذه الحالة يجب الا يضار من تملك الرهن للعقار المرهون الأشخاص الذين ترتب لهم حقوق من قبل من المالك الأصلى. أى فى الفترة بين انعقاد الرهن واكتساب الراهن لملكية العقار المرهون.

٣٣-(٢) رهن المباني المقامة علي أرض الغير:

الأصل أن كل مايقام على الأرض من بناء يعتبر من عمل مالك الأرض، اقامة على نفقته ويكون مملوكا له (م ٩٢٢مدنى). ومع ذلك يجوز اقامة الدليل على أن مالك الأرض خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خول له الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها، كما يجوز اقامة الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته (م ٩٢٢/٢). فاذا ثبت شىء من هذا كانت المبانى مملوكة لشخص غير مالك الأرض.

فاذا قام مالك هذه المبانى برهن مايملك رهنا رسميا فان المادة ١٠٣٨ نصت على أن «يكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المبانى، أو من التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق».

وعلى ذلك فان مصير الرهن مرتبط بمصير ملكية الراهن للمبانى المملوكة للراهن، فان للمرتهن أن ينفذ عليها وتباع جبرا ليحصل على حقه من ثمن المبانى فقط، حيث أن الراسى عليه المزاد لايتلقى الا ملكية المبانى، وهى ملكية مؤقتة على النحو الذى كان للمالك.

أما اذا زالت ملكية الراهن قبل أن يستحق الدين المضمون، وبالتالى قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه، فان مصير الرهن يتقرر طبقا للاتفاق الذى ينظم العلاقة بين مالك الأرض ومالك المبانى. على أنه يجب ملاحظة أن زوال ملكية المبانى عن الراهن لايتحقق بأثر رجعى، فلايترتب عليه اعتبار الرهن كأن لم يكن، وفى الوقت نفسه الدائن المرتهن لايستطيع أن يتتبع

المبانى فى يد مالك الأرض لأنه قد ارتهن ملكية مؤقتة فلايكون له من الحقوق أكثر مما كان للراهن وقت الرهن مما يؤدى إلى الاضرار بمالك الأرض.

وعلى ذلك فان حق الدائن المرتهن يقتصر على مايؤول للراهن بسبب زوال ملكيته للمبانى. فإذا آلت ملكية المبانى إلى مالك الأرض، وفقا للاتفاق، وبدون مقابل، فلايحصل الدائن المرتهن على شيء. أما إذا حصل الراهن على مقابل لثمن الانقاض عند الازالة، أو المبلغ المتفق عليه بينهما، أو المبلغ الذى يستحق للمبانى وفقا لأحكام الالتصاق المنصوص عليها فى المادة ٩٢٤ ومابعدها، فيكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء حقه من هذا المقابل (م ١٠٣٨ مدنى). فاذا كان حقه المضمون مستحق الأداء وقت استبدال المقابل بالمبانى فيكون له حق التقدم بمقتضى الرهن نفسه، أما إذا لم يكن حقه المضمون مستحق الأداء، كما لو كان دينا مستقبلا أو احتماليا ولم ينشأ بعد، أو دينا شرطيا ولم يتحقق الشرط أو كان الاجل لم يحل بعد. فيبقى المقابل مخصصا لضمان الدين، وذلك طبقا لنظرية الحلول العينى، إلى أن يستحق الدين فيباشر الدائن حقه فى التقدم بمقتضى التأمين العينى[١].

٣٤-(٢) رهن المالك تحت شرط:

لايشترط أن تكون ملكية الراهن باته، فيمكن أن تكون ملكية معلقة على شرط واقف أو شرط فاسخ. والرهن فى هذه الحالة يعتبر صحيحا ولكن مصيره يرتبط بمصير الشرط.

فإذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون تحت شرط واقف، فان هذا الرهن يعد رهنا صحيحا بالرغم من أن ملكية هذا الراهن ملكية احتمالية وغير مؤكدة. ويتوقف مصير الرهن على تحقق الشرط أو تخلفه. فإذا تحقق الشرط

---

(١) أنظر فى ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٩، ص ٤٩.

فتتأكد ملكية الراهن ويعتبر مالكا للعقار المرهون من أول الأمر، ويستقر بالتالى الرهن ويعتبر صادرا من مالك من يوم تقريره. وإذا تخلف الشرط فإن الراهن يعتبر كأنه لم يتملك العقار أصلا، ويعتبر بالتالى الرهن الصادر منه رهنا لملك الغير وتسرى عليه أحكامه السابق بيانها، والواردة فى نص المادة ١٠٣٣ مدنى.

أما إذا كان الراهن مالكا تحت شرط فاسخ فان الرهن يعتبر صحيحا ونافذا الا أن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه. فاذا تخلف الشرط استقرت ملكية الراهن نهائيا واستقر بالتالى الرهن، واذا تحقق الشرط زالت ملكية الراهن بأثر رجعى واعتبر أنه لم يكن مالكاً عند تقرير الرهن واعتبر الرهن الصادر منه رهنا لملك الغير، فلايسرى فى حق المالك الذى عاد إليه العقار مالم يكن الدائن الذى تقرر له الرهن حسن النية عند الرهن، كأن يجهل أن ملكية الراهن معلقة على شرط فاسخ، فانه فى هذه الحالة يمكن أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك وذلك طبقا لنص المادة ١٠٣٤ مدنى.

٣٥-(٤) رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي:

الفرض الذى نعالجه فى هذه الحالة يتمثل فى أن الراهن قد يكون مالكا للعقار ثم تزول عنه بعد ذلك الملكية بأثر رجعى وذلك نتيجة لابطال أو فسخ أو الغاء أو زوال التصرف الذى كان قد أعطى له هذا الحق. وطبقا للقواعد العامة فان هذا الراهن يعتبر كأن لم يكن مالكا لهذا العقار فى أى يوم من الأيام وذلك تطبيقا للأثر الرجعى، ويترتب على ذلك أن الرهن الصادر منه يعتبر أيضا كأن لم يكن.

لكن لما كان هذه النتيجة مجحفة بحق الدائن المرتهن، أو بصفة عامة بحق من تلقى حقه ولم يكن يعلم، أو ليس فى استطاعته أن يعلم، وقت ابرام الرهن أو التصرف الذى تلقى بمقتضاه حقه، بأن ملكية الراهن أو المتصرف مهددة بالزوال بأثر رجعى، فقد تدخل المشرع المصرى بنص خاص يحمى الدائن المرتهن حسن النية. فقد نصت المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه «يبقى

قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، اذا كان الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن» .

وعلى ذلك فانه يجب لِتطبيق هذا النص توافر شروط ثلاثة:

أولا– يجب أن يكون الرهن صادرا من مالك للعقار المرهون وقت ابرام الرهن الرسمى ثم زالت عنه الملكية بأثر رجعى – فاذا لم يكن الراهن مالكا أصلا للعقار وقت الرهن فلاينطبق هذا النص، كما لو كان الراهن قد تلقى حقه بسند باطل بطلانا مطلقا، أو بناء على عقد صحيح لم يسجل، أما إذا كان الراهن قد تلقى حقه بناء على عقد قابل للابطال وقضى بابطاله، أو بعقد صحيح حكم بفسخه، أو بناء على هبة ورجع الواهب فيها فانه فى كل هذه الحالات قد ثبت للراهن حقا فى الملك وقت الرهن، وبالتالى يعتبر تصرفه صادرا عن مالك وإن كانت ملكيته قد زالت بأثر رجعى بعد ذلك.

ثانيا – يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت ابرام الرهن. وحسن النية هو مناط الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ مدنى. وهذه الحماية تتمثل فى الابقاء على الرهن رغم زوال ملكية الراهن. والمقصود بحسن النية الذى يجب توافره لدى الدائن هو عدم علمه وقت ابرام عقد الرهن بما يهدد ملكية الراهن. فاذا كان يعلم أو يمكنه أن يعلم بما يهدد ملكية الراهن فانه لايتوافر لديه حسن النية المطلوب فى المادة ١٠٣٤ مدنى. وعلى ذلك فإذا كان الراهن مشتريا ولم يدفع باقى الثمن وذكر ذلك فى عقد البيع الذى تملك به، فان الدائن يستطيع أن يعلم من هذا السند أنه مهدد بالفسخ اذا لم ينفذ الراهن ماهو مشروط عليه.

على أن يجب ملاحظة أن نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر العقار يضعا قرينه على العلم لاتقبل اثبات العكس مما يترتب عليه سوء نية الدائن المرتهن وبالتالى امتناع تطبيق نص المادة ١٠٣٤ مدنى. وتنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل

المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا وصحة أو نفاذا، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى» . كما تنص المادة ١٧ من نفس هذا القانون على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حق بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما».

وعلى ذلك فإذا نشأ الرهن قبل تسجيل الدعاوى المشار اليها أو التأشير بها فانه يجب أن يكون الدائن حسن النية حتى يستفيد من نص المادة ١٠٣٤ مدنى. ويجب أن يكون حسن النية وقت ابرام عقد الرهن. أى أنه لايعلم ولم يكن فى استطاعته أن يعلم بما يهدد سند ملكية الراهن[1]. فاذا علم بشىء من هذا القبيل بعد ذلك فلا أثر لعلمه. والأصل أن حسن النية مفترض، فاذا ادعى من آلت اليه الملكية أن الدائن المرتهن سىء النية وقت الرهن فعليه اثبات ذلك، وله أن يلجأ إلى كافة طرق الاثبات.

ثالثا – يجب أن يكون الرهن مقيد قبل شهر صحيفة الدعوى التى طعن بها فى سند ملكية الراهن. وذلك لأن رافع الدعوى يعتبر من الغير فلايحتج فى مواجهته بالرهن الا إذا كان مقيدا. وإذا كان هذا الشرط ليس واردا فى نص المادة ١٠٣٤ مدنى الا أنه يستفاد من نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى السابق ذكره.

فاذا توافرت هذه الشروط الثلاثة، بقى الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بالرغم من زوال ملكية الراهن بأثر رجعى. ويستطيع الدائن المرتهن أن

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض، السنة ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨.

يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك الأصلى بالرغم من أنه لم يصدر منه. وتعتبر هذه المادة تطبيقا لمبدأ عام فى التقنين المدنى وهو حماية الغير حسن النية(١) واحدى وسائل هذه الحماية هو الحد من الأثر الرجعى لزوال الملكية والذى كان من شأنه الاضرار بالغير حسن النية(٢).

٣٦- (٥) الرهن الصادر من المالك الظاهر:

قد يظهر شخص بمظهر المالك للعقار المرهون، ثم يتضح بعد ذلك أنه ليس بمالك. ويمكن أن نصادف ذلك فى حالتين:

الأولى – متعلقة بالرهن الصادر ممن تملك بسند صورى،

والثانية – متعلقة بالرهن الصادر من الوارث الظاهر.

٣٧- (أ) الرهن الصادر من مالك بسند صوري:

وفى هذه الصورة يكون شخص قد اشترى عقار بعقد صورى، وبناء على ذلك فانه يظهر أمام الناس على أنه هو المالك لهذا العقار. فاذا رتب رهنا على هذا العقار وكان الدائن معتقدا بحسن نية أنه تلقى رهنا من مالك حقيقى، أى كان يجهل صورية العقد الذى يستند اليه الراهن، فانه يملك أن يتمسك بالرهن. واذا كان هناك رهن آخر صادر من البائع، فان للدائن المرتهن، فى هذه الحالة، مصلحة بأن يتمسك بالعقد المستتر حتى يبقى البائع مالكا وبالتالى يبقى الرهن لصالحه قائما – وأن يثبت بكافة طرق الاثبات صورية العقد الذى أخذ به (م ١/٢٤٤م).

وعند التعارض بين مصلحة الدائن المرتهن من المشترى بعقد صورى والذى مصلحته التمسك بالعقد الصورى الظاهر وبين الدائن المرتهن من البائع بعقد صورى، والذى من مصلحته هدم الوضع الصورى، فان المشرع

(١) أنظر فى تبرير هذا الحكم مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٢٠ ؛ السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ٣٢٠، ٣٢١.

(٢) قارن السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ٣٢١، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٧٧، ص ١٩٦، ١٩٧.

المصرى قد آثر من يستند بحسن نية على الوضع الظاهر (م ٢٤٤ / ٢). وذلك حماية للأوضاع الظاهرة وحسن النية تحقيقا لاستقرار المعاملات. وعلى ذلك فاذا تقدم شخص حسن النية وارتهن العقار من المالك الظاهر بسند صورى كان الرهن صحيحا، وجاز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ليس قبل المالك الظاهر فحسب بل وأيضا قبل المالك الحقيقى ومن تعامل معه.

٣٨-(ب) الرهن الصادر من الوارث الظاهر:

الوارث الظاهر هو الشخص الذى يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه الوارث وهو فى الواقع ليس كذلك[١]. وتظهر هذه الحالة عندما تؤول التركة إلى وارث، ثم يظهر بعد مدة وارث آخر يحجبه لأنه أقرب منه فى درجة الميراث. فاذا قام هذا الوارث الظاهر برهن الذى ورثه، وكان الدائن المرتهن يعتقد بحسن نية وقت ابرام الرهن بأن الراهن هو الوارث الحقيقى للعقار، فان له أن يتمسك بالرهن قبل الوارث الحقيقى، وذلك تطبيقا لقاعدة أن الغلط الشائع يولد الحق "error communis facit jus" وهذا هو مايذهب اليه الفقه والقضاء الفرنسى[٢]، ونحن لايسعنا الا أن نؤيد هذا الاتجاه وخاصة أن سياسة المشرع المصرى تدل على حماية الأوضاع الظاهرة وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتشجيعا للائتمان (م ١٠٧ مدنى بالنسبة للنيابة الظاهرة، م ٣٣٣ بالنسبة للوفاء الدائن الظاهر، م ٢/٢٤٤ بالنسبة لتفضيل من يتمسك بالوضع الظاهر)[٣].

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢، ص ٦٢.

(٢) PLANIOL. G. RIPERT, op.cit., t XII par E. Becqué. no 426, p. 463 et S
AUBRY et RAU. op,cit, 3 206, no. 240 p. 305 zt s.

(٣) أنظر فى نفس هذا المعنى شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٢٦ ومابعدها منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢، ص ٦٣، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ٣١٠، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ١٤٦، وخاصة هامش ٢ حيث أشار إلى رسالة الدكتور عبد الباسط جميعى، نظرية الأوضاع الظاهرة. رسالة القاهرة ١٩٥٥، ص ١٤٢، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٣، ١١٤، سمير تناغو، المرجع =

٣٩ - (٦) رهن العقار المملوك على الشيوع[1]:

ورهن العقار المملوك على الشيوع متصور فى حالتين: الأولى هى رهن جميع الشركاء للعقار المملوك لهم على الشيوع، والحالة الثانية رهن أحد الشركاء، سواء كان رهنا لحصة شائعة، أو لجزء مفرز منه، أو حتى للعقار كله وعلى ذلك يتعين علينا أن ندرس أثر القسمة على هذه الرهون.

٤٠ - الفرض الأول - الرهن الصادر من جميع الشركاء:

اذا صدر الرهن من جميع الشركاء فهو صحيح نافذ فى مواجهتهم جميعا ويتوقف مصير الرهن على القسمة: فاذا استحق الدين المضمون بالرهن أثناء قيام الشيوع فان الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ بحقه على العقار دون أدنى مشكلة. أما اذا تمت القسمة ومازال الرهن قائما، فما هو مصيره؟ فى الحقيقة أن الأمر لايخلو من حالتين: الحالة الأولى أن يختص كل شريك بحصة مفرزة من العقار، وفى هذه الحالة تتحمل كل الحصص بالرهن طبقا لمبدأ عدم التجزئة السابق الكلام عنه.

الحالة الثانية: أن يقع العقار فى نصيب أحد المتقاسمين. مقتضى القواعد العامة أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص (م ٨٤٣ مدنى) وعلى ذلك فان الرهن يظل صحيحا فقط فى قدر حصته الشائعة، لأنه لم يرهن أكثر من حصته أما رهن غيره من الشركاء تكون غير نافذة فى حقه لوقوعه على مالا يملكون وقت ابرام الرهن وذلك طبقا للاثر الكاشف للقسمة.

- السابق، فقرة ٧٦ ص١٩٢ . بينما يذهب بعض الفقهاء إلى عدم الاعتداد بذلك، أنظر سليمان مرقس، التأمينات العينية، فقرة ٤٦ ص ٧٤، محمد على أمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٥٥ ص ٤٢٩، عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائن المرتهن فى القانون المصرى ص ٣٠٨ ومشار اليها فى المراجع السابقة والمواضيع السابقة، ومحمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ١٩٤ هامش ٨ وقد انتقد بشدة الرأى السابق، وانظر أيضا المراجع المشار إليها فيه.

(١) أنظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ١١٩، وما بعدها.

هذا كله تطبيقا للقواعد العامة فى الرهن والقسمة. وهذا ماكان يقول به القضاء الفرنسى قبل قانون سنة ١٩١٠ والذى بمقتضاه أصبح الرهن الحاصل من كل الشركاء يقع صحيحا أيا كانت نتيجة القسمة أو التصفية. وعندما وضع القانون المدنى الحالى رأى المشرع نقل هذا الحكم فى المادة ١/١٠٣٩ مدنى وذلك لأنه يحقق العدالة وحماية الدائن المرتهن الذى أبرم عقد مع جميع الشركاء المالكين للعقار المرهون. وقد نصت المادة ١/١٠٣٩ مدنى على أنه «يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الشركاء لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته.

وبمقتضى هذا النص إذا اختص أحد الشركاء بكل العقار المرهون على إثر القسمة العينية أو لأن العقار بيع بالمزاد ورسا المزاد عليه، فان العقار يظل مع ذلك محملا بالرهن كاملا، ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه. على أن يرجع الشريك على باقى الشركاء السابقين وفقا لأحكام الضمان فى القسمة. وذلك مالم يكن قد أخذ ذلك فى الاعتبار عند القسمة أو عند تقدير ثمن العقار[1].

٤١ - الفرض الثاني - الرهن الصادر من أحد الشركاء:

قد يصدر الرهن من أحد الشركاء أما فى حصة شائعة أو فى جزء مفرز وقد يكون رهن لكل العقار المملوك على الشيوع:

٤٢-(١) - رهن الشريك لحصة شائعة:

يعتبر هذا الرهن صحيح لأنه صادر من مالك. وطبقا لنص المادة ١/٨٢٦ مدنى فان كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها. ومع ذلك فان مصير الرهن مرتبط بمصير الشيوع – فاذا مابقى الشيوع قائما وحل أجل الدين المضمون بالرهن، فان الدائن المرتهن

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٤٢.

يستطيع أن ينفذ على حصة الشريك المرهونة وتباع بالمزاد العلنى، ويحل الرأسى عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح هو شريكا على الشيوع مع سائر الشركاء.

أما إذا انتهى الشيوع وتمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة المرهونة، فان الشريك الراهن قد يختص بجزء مفرز فى العقار نفسه يعادل الحصة المرهونة، أو بالعقار كله، أو بعقار آخر أو ببعض المنقولات أو بمبلغ من النقود.

١- فاذا اختص الراهن بجزء من العقار نفسه يعادل للحصة الشائعة المرهونة فان الرهن يتركز فى هذا الجزء المفرز الذى آل اليه على أثر القسمة.

٢- واذا وقع العقار كله فى نصيب الراهن أو اختص بجزء أكبر من هذه الحصة، فان الرهن يبقى فى حدود الحصة الشائعة التى رهنت ابتداءً.

٣- اذا وقع فى نصيب الراهن عقارات أخرى انتقل الرهن بمرتبة إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الحصة التى كانت مرهونة. ويحدد القدر الذى ينتقل اليه الرهن بأمر على عريضة من ا لقاضى بناء على طلب الدائن.

ويجب لكى يحافظ الدائن المرتهن على حقه، فى هذه الحالة، أن يقوم باجراء قيد جديد ليشهر هذا الانتقال ويبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن - والأصل أن مرتبة الرهن تتحدد من اجراء القيد الجديد. لكن المشرع رأى أن يحقق التوازن بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الغير بأن اشترط أن يتم هذا القيد خلال ٩٠ يوم من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة حتى يحتفظ الدائن المرتهن بمرتبة الرهن من تاريخ القيد الأول فإذا لم يقم به خلال هذه المدة فان مرتبة الرهن لاتكون الا من تاريخ القيد الجديد. وقد نص المشرع على أن انتقال الرهن واحتفاظه بمرتبته يجب الا يضر برهن صدر من جميع الشركاء على الشيوع لهذا العقار ولا بامتياز

المتقاسمين (م ٢/١٠٣٩ مدنى). وعلى ذلك فان رهن جميع الشركاء على الشيوع وكذلك امتياز المتقاسمين يظلا متقدمين على الرهن الذى انتقل إلى هذا العقار.

٤- اذا لم يقع فى نصيب المدين الراهن شىء من العقار المرهون أو غيره من العقارات وانما اختص ببعض المنقولات. فان الرهن، فى هذه الحالة ينتقل إلى هذه المنقولات ولكنه يتحول إلى رهن حيازى، حيث أن الرهن الرسمى لايرد على المنقولات[١] وذلك تحقيقا للعدالة التى تواخاها المشروع فى نص المادة ٢/١٠٣٩ مدنى[٢].

٥- اذا اختص الشريك الراهن لحصة شائعة بمبلغ من النقود، فان للدائن المرتهن، اذا كان أجل دينه قد حل، أن يستوفى حقه بالتقدم من هذا المبلغ بمقتضى الرهن[٣]. أما إذا لم يكن أجل الدين قد حل فان الدائن المرتهن يستطيع أن يطلب ايداع المبلغ مع استغلاله بالاتفاق مع الراهن فى أنفع الوجوه حيث يحل أجل الدين ويستوفى الدائن المرتهن حقه. وهذه هى صور رهن الدين[٤].

---

(١) أنظر عكس ذلك اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٨١ ص ١٨٤، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ١١٢ هامش٢، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٤٦، ص ٣٣١. ويذهب هذا الرأى إلى أن الدائن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع فى نصيب شريك لم يرهنه، وكذلك لاينتقل الرهن الرسمى إلى المنقول الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لايصلح أن يكون محلا للرهن الرسمى، وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه فى الرهن نتيجة القسمة.

(٢) أنظر فى نفس هذا المعنى، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٥٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٤٦، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ١٧٩.

(٣) انظر عكس ذلك محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٧٧، ١٧٨.

(٤) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٥٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٤٦.

٤٣- (٢) **رهن الشريك لجزء مفرز من العقار الشائع:**

وفى هذه الحالة يجب أن نفرق بين حكم الرهن قبل القسمة وحكمه بعد القسمة.

(أ) قبل القسمة:

كل شريك يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لايلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء (م ١/٨٢٦ مدنى). وعلى ذلك فان تصرف أو رهن الشريك على الشيوع لحصة مفرزة لاينفذ فى حق باقى الشركاء مالم يقروه، ولهم أن يتمسكوا بحقوقهم على هذا الجزء المفرز باعتباره شائعا بينهم جميعا وذلك عن طريق رفع دعوى الاستحقاق.

أما بالنسبة لحكم الرهن فيما بين طرفيه فانه يجب أن نفرق فيما اذا كان الدائن المرتهن يعلم أو يجهل بأن المدين الراهن يرهن حصة مفرزة فى العقار الشائع – فاذا كان الدائن المرتهن يجهل أن المدين الراهن لايملك فى العقار الا حصة شائعة لامفرزة فانه يستطيع أن يطلب ابطال الرهن على أساس الغلط. وقد نصت المادة ٢/٨٢٦ مدنى على ذلك بقولها «... للمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف». أما اذا كان يعلم أن المدين الراهن لايملك الا حصة شائعة رغم رهنه حصة مفرزة فانه لايستطيع أن يطلب ابطال الرهن للغلط.

(ب) بعد القسمة:

اذا ماوقع الجزء المرهون فى نصيب الشريك الراهن فان الرهن يستقر على هذا الجزء نهائيا. أما إذا لم يقع هذا الجزء المرهون فى نصيب الراهن فان الرهن ينتقل إلى مايقع فى نصيبه على النحو الذى رأيناه بالنسبة لرهن الحصة الشائعة وذلك طبقا لنص المادة ١٠٣٩ مدنى حيث أنها لاتفرق بين رهن الحصة الشائعة ورهن الحصة المفرزة على إثر القسمة.

٤٤- (٣) رهن الشريك لكل العقار الشائع:

طبقا لقواعد الشيوع فان الشريك على الشيوع لايملك أن ينفرد برهن العقار الشائع أو التصرف فيه بصفة عامة، وذلك احتراما لما لبقية الشركاء من حقوق مماثلة على العقار. وعلى ذلك فان رهن كل العقار الشائع من جانب أحد الشركاء لايصير نافذا فى مواجهة باقى الشركاء - ويعتبر الرهن فيما بين طرفيه صحيحا منتجا لآثاره مالم يكن الدائن المرتهن قد وقع فى غلط وذلك باعتقاده أن المدين الراهن مالكا لكل المرهون، ففى هذه الحالة يجوز أن يطلب ابطال الرهن على أساس الغلط وأما فيما عدا ذلك فان الرهن يبقى صحيحا فيما بين طرفيه غير نافذ فى حق باقى الشركاء. فاذا تمت القسمة ووقع العقار كله فى نصيب الشريك الراهن استقر الرهن، أما إذا لم يقع فى نصيب الشريك الراهن الا جزء مفرز من العقار فان الرهن يتركز فى هذا الجزء. أما اذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير العقار المرهون فان الرهن ينتقل إلى هذا العقار وذلك طبقا لاحكام المادة ١٠٣٩/٢، كما سبق أن رأينا.

٤٥- (جـ) مشتملات الرهن:

تكلمنا عن الشروط الواجب توافرها فى الشىء المرهون، والآن يجب علينا أن نعرف مايشمله حق الرهن - وقد جاءت المادة ١٠٣٦ مدنى لتبين لنا مايمكن أن يشمله الرهن وذلك بنصها على أن «يشتمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك، مالم يتفق على غير ذلك، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها فى المادة ١١٤٨».

وكذلك قد بينت المادة ١٠٣٧ مدنى ما يلحق العقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية بقولها أنه «يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار مايغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل. ويجرى فى توزيع هذه الغلة مايجرى فى توزيع ثمن العقار».

وعلى ذلك فان الرهن لايشمل فقط العقار المرهون وانما يشمل أيضا:

١- العقارات بالتخصيص.

٢- حقوق الارتفاق.

٣- التحسينات والانشاءات.

٤- الثمار والغراس.

٤٦-(١) العقارات بالتخصيص:

العقارات بالتخصيص هي منقولات بحسب طبيعتها، ولكنها مملوكة لصاحب العقار وملحقة بهذا العقار ومرصودة على خدمته واستغلاله (م ٢/٨٢ مدني). ومن أمثلة ذلك آلات الري والحرث، ومواشي الزراعة بالنسبة للأرض الزراعية، والأثاث بالنسبة للفنادق، والآلات بالنسبة للمصانع، وذلك اذا ما توافرت فيها الشروط السابقة.

فاذا كان هناك رهن مقرر على عقار معين، فان هذا الرهن يمتد بالتبعية إلى العقارات الثابتة بالتخصيص والملحقة به، أيا كان تاريخ هذا الالحاق، أي سواء كان هذا قبل أوبعد الرهن.

وتبقى كذلك مابقى التخصيص، ويزول عنها هذه الصفة عن طريق فصلها عن العقار والتصرف فيها كمنقولات. ويترتب على ذلك زوال الرهن عنها وسوف نرى فيما بعد مدى سلطة الراهن فى ذلك وأيضا مدى حق الدائن المرتهن فى الاعتراض على ذلك.

٤٧-(٢) حقوق الارتفاق:

يمتد الرهن ليشمل كل حقوق الارتفاق لخدمة العقار المرهون. سواء كانت هذه الحقوق مقررة عند انشاء الرهن، أو أنها قررت بعد ذلك. وهذه الحقوق لايجوز رهنها استقلالا عن العقار لأنه لايجوز الحجز عليها منفصلة عنه وبيعها بالمزاد العلني.

٤٨ - (٣) التحسينات والانشاءات:

يشمل الرهن جميع التحسينات والانشاءات التى تطرأ على العقار المرهون، اذا ما اعتبرت من ملحقاته وتوابعه. وأيا كان الوقت الذى تمت فيه، أى سواء كانت موجودة عند الرهن أم وجدت بعد انعقاده.

والتحسينات والانشاءات التى يمتد اليها الرهن هى الاضافات أو الأعمال التى يجريها المالك أو الغير فى العقار المرهون ويترتب عليها ارتفاع قيمته بشرط أن تكون مملوكة لمالك العقار. ويمتد الرهن إلى الانشاءات التى تقام على العقار المرهون والمملوكة للمالك أيا كانت قيمتها حتى ولو فاقت قيمة الشىء المرهون.

ويمتد الرهن أيضا إلى الإضافات التى تتصل بالعقار فتصبح عقارا بالطبيعة، ولو كانت هذه الاضافات بفعل الطبيعة. فاذا زادت مساحة العقار المرهون بفعل طمى النهر امتد الرهن إلى هذه الزيادة. ولكنها لاتشمل العقارات المجاورة التى يضمها الراهن إلى العقار المرهون أيا كان سبب الضم لأنها تعتبر عقارات مستقلة بذاتها لاملحقة بالعقار المرهون.

واذا كان الرهن يمتد إلى كل مايحدث فى العقار من التحسينات والانشاءات الا أن هذا الرهن لايخل بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها فى المادة ١١٤٨ مدنى.

٤٩ -(٤) الثمار والغراس:

من خصائص الرهن الرسمى، وذلك بخلاف الرهن الحيازى، أنه لايسلب المدين الراهن حيازة العقار المرهون. وعلى ذلك فان للمدين الراهن استعمال واستغلال الشىء المرهون، فاذا انتج العقار ثمارا استطاع أن يقبضها ويتصرف فيها. وكذلك اذا تصرف المدين الراهن فى العقار المرهون فان للشخص الذى انتقلت اليه ملكيته، أى الحائز، حق استعمال واستغلال العقار المرهون. ولايمتد الرهن إلى هذه الثمار.

ولكن حق مالك العقار المرهون فى أخذ الثمار ليس مطلقا. حيث أن هناك وقت معين حدده المشرع تلحق فيه الثمار بالعقار ويمتد اليها بالتالى الرهن. ويختلف هذا الوقت باختلاف ما اذا كان العقار لازال فى ملكية المدين الراهن، أو انتقل منه إلى شخص آخر، أى الحائز. بالنسبة للفرض الأول، أى العقار المرهون لازال فى ملكية المدين الراهن. فقد نصت المادة ١٠٣٧ مدنى على أنه «يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية، أن يلحق بالعقار مايغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل، ويجرى فى توزيع الغلة مايجرى فى توزيع ثمن العقار». وقد نصت أيضا المادة ٤٠٦ من قانون المرافعات على ذلك بالإضافة إلى الاجراءات الواجبة الا تباع فى بيع هذه الثمار. ونخلص من كل ذلك أنه إذا كان العقار المرهون لايزال مملوكا للمدين، كان الحاق الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية. فالثمار والايرادات التى لم يتم جنيها أو قبضها وقت تسجيل التنبيه ولم يسبق للراهن التصرف فيها يلحق منها بالعقار المرهون مايخص المدة التى تبدأ من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية حتى رسو المزاد. أما الثمار التى تم جنيها والايرادات التى تم قبضها قبل تسجيل التنبيه فانها لاتلحق بالعقار ولايشملها الرهن.

أما بالنسبة للفرض الثانى: وهو حالة انتقال العقار المرهون إلى شخص آخر، أى الحائز، فان المادة ١٠٧٩ مدنى نصت على أنه «على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية، فاذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات فلايرد الثمار الا من وقت أن يوجه اليه انذار جديد» وعلى ذلك فاذا كان العقار فى يد الحائز، أى من انتقلت اليه ملكية العقار أو حق عينى عليه، فان له الحق فى أخذ الثمار حتى وقت انذاره بالدفع أو التخلية.

خلاصة القول أن الثمار تلحق بالعقار وبالتالى يمتد اليها الرهن من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية اذا اتخذت اجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين الراهن. ومن وقت الانذار بالدفع أو التحلية اذا اتخذت هذه الاجراءات فى مواجهة الحائز.

لكى يحدث تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الإنذار الموجه إلى الحائز أثره فى الحاق الثمار بالعقار المرهون يجب أن يكون صحيحا وحاصلا فى الميعاد والايكون قد سقط (أنظر مادة ٤٠١ مرافعات ومابعدها، ومادة ٤١١/٤١٢ مرافعات).

ويترتب على الحاق الثمار بالعقار المرهون امتداد الرهن اليه وأن يوزع ثمنها كما يوزع ثمن العقار. وأن للدائن المرتهن حق فى التقدم على ثمن هذه الثمار حسب مرتبته ودون الاضرار بالغير الذى يكون له حق على هذه الثمار من قبل ويسرى هذا الحكم على كافة أنواع الثمار دون تفريق بين الثمار المدنية، وهى التى يطلق عليها المشرع لفظ «ايراد» كأجرة العقار، والثمار الطبيعية أو المستحدثة، كالمحصولات[1] . ومع ذلك فان بعض الفقهاء يذهب إلى أن العبرة هى بتاريخ جنى الثمار الطبيعية، فما يجنى منها بعد تسجيل التنبيه يلحق بالعقار ويتعلق به حق الدائن المرتهن، دون أن يستبعد منها جزء يوازى الفترة السابقة والتى بقى فيها المحصول فى الأرض، ويستند هذا الرأى إلى نص المادة ٩٧٨ مدنى والتى تعتبر أن الثمار الطبيعية تعتبر مقبوضة يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما[2] . وهذا الرأى يهدف إلى تجنب الصعوبات التى تنشأ من احتساب المدد السابقة واللاحقة على تسجيل التنبيه وتقسيم الثمار الطبيعية تبعا لذلك.

---

(١) هذا هو الرأى السائد فى الفقه، أنظر مثلا عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٥٣، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٧٦٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٤ ص ٣٦، ٣٧، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ٢٠٩ ومابعدها، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٥٦.

(٢) أنظر فى ذلك شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٢٦ ص ١٠٨.

المبحث الثاني

الشروط الشكلية لانعقاد الرهن

اذا كان الأصل فى العقود هو مبدأ الرضائية، بحيث أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين الا أن فى بعض الأحيان يتدخل المشرع ليشترط شكل معين لانعقاد بعض العقود، وذلك مراعاة لاعتبارات خاصة جديرة بهذا الاهتمام. ومن بين هذه العقود الرهن الرسمى. فهو يعتبر من العقود الشكلية (م ١٠٣١/١ مدنى).

بالإضافة إلى شرط الرسمية اللازم توافره لانعقاد الرهن، يشترط المشرع أن يتضمن العقد الرسمى بيانات معينة يتم بها تعيين العقار المرهون والدين المضمون تعيينا دقيقا والا وقع الرهن باطلا، وهذا هو مايعبر عنه بمبدأ تخصيص الرهن (م ١٠٣٥مدنى).

ولذلك سوف تنقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتعلق بالرسمية كشرط لانعقاد الرهن، المطلب الثانى يتعلق بمبدأ تخصيص الرهن.

المطلب الأول

الرسمية شرط لانعقاد الرهن

تنص المادة ١٠٣١/١ مدنى على أنه «لاينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية». وعلى ذلك فان الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن هى الرسمية. هذا يسلتزم منا أن نعرض لمدى الرسمية وأثرها ثم بعد ذلك للحكمة من اشتراطها وفى النهاية ندرس جزاء تخلفها.

أولا - مدى الرسمية وأثرها

أول مايتبادر إلى الذهن هو التساؤل عن المقصود بالرسمية وهذا يستتبع بالحتم الكلام عن الجهة المختصة باجرائها. ثم بعد ذلك يجب أن نعرض لتساؤل آخر وهو هل يلزم التعبير عن الرضا فى شكل رسمى؟ أم يكفى أن يكون الرضا رضا الراهن فى ورقة رسمية؟ وقد رتب المشرع على اشتراط

الرسمية فى عقد معين عدة آثار، فيجب أن نتعرف عما يترتب على اشتراط الرسمية بصدد الرهن.

٥٠-(١) المقصود بالرسمية والجهة المختصة باجرائها:

قد سبق أن رأينا أن المشرع قد جعل من الرسمية شكلا لاينعقد عقد الرهن بدونه. ويقصد بالرسمية هنا الورقة التى يحررها موظف مختص بتحرير العقود. وهذا الموظف هو الموثق الذى يحرر العقد وفقا للاجراءات التى رسمها القانون. وعلى ذلك فلايكفى أن ينعقد الرهن بورقة رسمية أخرى، كالحكم، أو محضر صلح أمام القضاء، لأن مثل هذه الأوراق، ولو أنها رسمية، يقوم بتحريرها موظفون غير مختصين بتحرير العقود[١] .

والجهة المختصة بتوثيق العقود طبقا للقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧، هى مكاتب التوثيق الملحقة بمصلحة الشهر العقارى. أما اذا عقد الرهن فى الخارج ومتعلق بعقار واقع فى مصر فانه يجوز أن يوثق هذا العقد أمام موظف مصرى فى احدى القنصليات المصرية الموجودة فى الخارج. ويخضع هذا العقد للشكل المقرر فى القانون المصرى، ولايخضع للشكل المقرر فى قانون البلد الذى تم فيه (م ٢٠ مدنى) وذلك لأن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل المنصوص عليه فى المادة ٢٠ من القانون المدنى لايتناول الا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى، فلايسرى عليها الا القانون الذى يرجع اليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع[٢] . ولما كان قانون موقع العقار هو الذى يسرى على

---

(١) AUBRY et RAU. op.cit. t. III. C 266. No. 243. p. 311. M. Planiol. G.Ripert. op.cit. par E. Becqué to XII. no 447. p. 486. Mazeaud. op.cit. t. III. No. 250. p. 258.

وشفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٥٠، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ١٧١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٦٤، أحمد سلامة المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ٢٢٦، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٦٠، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٤٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ١ ص ٢٩٦.

العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار (م١٩/٢) فان عقد الرهن الرسمى اذا ورد على عقار كائن بمصر يجب أن يخضع من حيث الرسمية أيضا لأحكام القانون المصرى[١].

ويتحمل الراهن بكل مايلزم عقد الرهن من نفقات، كنفقات تحريره، وأتعاب المحامى، إلى غير ذلك. وهذا مالم يتفق على خلافه. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/١٠٣١ بقولها «... ونفقات العقد على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك».

٥١- (٢) الحكمة من اشتراط الرسمية:

اذا كان الأصل فى القوانين الحديثة، وذلك على العكس القوانين القديمة، هو رضائية العقود، إلا أن المشرع قد يخرج فى بعض الأحيان عن هذا الأصل ويتطلب أشكال معينة بصدد بعض التصرفات وذلك تحقيقا لاعتبارات جديرة بالحماية.

ومن بين هذه العقود التى يتطلب المشرع لإبرامها شكل خاص، نجد عقد الرهن الرسمى. وبالرغم من انتقاد بعض الفقهاء لهذا المسلك[٢] ، الا أن غالبية الفقهاء ترى أن الرسمية تحقق أهداف معينة. فهى تهدف أول ماتهدف إلى حماية الراهن من تسرعه وعدم تبصره. وذلك لأن الرسمية بما تقتضيه من وقت واجراءات تبصره بخطورة التصرف المقدم عليه. فاذا أقدم بالرغم من كل هذا فيكون قد عقد العزم واستدرك الأمر، وبذلك تكون الرسمية قد أدركت هدفها[٣] .

كما أن هناك ارتباط وثيق بين الرسمية ومبدأ التخصيص، فاذا ماورد

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٦٩، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٩٣ ص ٣٠٢، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٦٢.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٥٣.

(٣) قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٤ ص ٦٦، محمود جمال الدين زكى، فقرة ١١٤ ص ٢٢٠، ٢٢١، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ٢٣٦، ٢٣٧، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٤٠.

هذا التخصيص فى ورقة رسمية كانت له حجية أقوى أثرا، وبذلك يتفادى بالرسمية المنازعات الاحتمالية التى قد يثيرها أحد طرفى العقد حول البيانات المذكورة فيه، اذا ماتوجها إلى مكتب الشهير العقارى لقيد الرهن(١) .

والرسمية تحقق أيضا فائدة للدائن المرتهن لايمكن انكارها. حيث أن العقد الرسمى يعتبر فى ذاته سندا تنفيذيا يستطيع الدائن أن يطلب التنفيذ الجبرى بمقتضاه، دون حاجة إلى استصدار حكم (م ٢٨٠ مرافعات)(٢). وكل هذه الاعتبارات تهدف فى النهاية إلى تشجيع الائتمان واستقراره.

٥٢-(٢) هل يلزم التعبير عن الرضا في شكل رسمي؟

فى الغالب أن يتم رضاء كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن فى وقت واحد ويتضمنها سند واحد. وعلى ذلك فان الورقة الرسمية سوف تتضمن الرضا المتبادل لكل من طرفى العقد..

لكن قد يحدث أن يحصل تبادل الرضا فى وقتين متعاقبين، فهل يلزم أن يثبت رضاء كل من الراهن والمرتهن فى ورقة رسمية؟

يجمع الفقه على أن رضاء المدين الراهن يجب أن يتم فى الشكل الرسمى، اذ هو الشخص الذى قصد القانون حمايته من اشتراط الشكل الرسمى. أما بالنسبة لرضاء الدائن المرتهن فان بعض الفقهاء يرى أنه لايلزم أن يتم فى ورقة رسمية بل يكفى أن يثبت فى ورقة عرفية. بل أكثر من ذلك من الممكن أن يكون رضاء ضمنياً. وذلك لأن المرتهن انما يفيد من الرهن بدون مقابل، فالرهن يجلب له نفعا محضا، ومن ثم كان من المستبعد أن يستلزم المشرع مجىء رضائه فى الشكل الرسمى(٣) :

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ١٧٠.
(٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ٢٣٦، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٤١، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٢٤ ص ٢٨١.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٩٢ ص ٣٠٠، محمد كامل مرسى، التأمينات العينية، فقرة ٦٢ ص ١٠٧، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٦٣ ص ١٠٨، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٦١، رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٦٨.

ومع ذلك نرى أنه يجب أن يصدر رضاء الطرفين فى الشكل الرسمى المطلوب، وذلك طبقا لنص المشرع الذى أوجب لانعقاد الرهن أن يكون فى ورقة رسمية، فالانعقاد لايكون الا بايجاب وقبول. كما ان اشتراط الرسمية وثيق الصلة بمبدأ التخصيص. وعلى ذلك فانه لايكفى إفراغ رضاء المدين فى الشكل الرسمى بل يجب أن يتم رضاء الدائن المرتهن والمدين الراهن معافى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن الالتزام المضمون والعقار المرهون وذلك حتى يكتسب هذا الرضاء الحجية التى تكفل تفادى ماقد يثور من منازعات احتمالية(١) .

كما أنه لايكفى الاستناد إلى أن الرسمية قد اشترطها المشرع لمصلحة المدين دون الدائن للقول بأن الرسمية يجب أن تقتصر على التعبير الصادر من المدين دون الدائن، فمن المعروف أولا أن الرسمية مقررة لمصلحة كل من الدائن والمدين كما سبق أن رأينا، وثانيا أن الرسمية قد اشترطها المشرع لانعقاد عقد الهبة، ومن المسلم به أن كلا من ايجاب الواهب وقبول الموهوب له يجب صدوره فى الصورة الرسمية، مع أن الرسمية هنا يتطلبها القانون لحماية الواهب دون الموهوب له(٢) .

وأخيرا أن العقد متى تطلب القانون رسميته وجب أن يكون كذلك بالنسبة لطرفيه، ولايقبل أن يكون «نصف رسمى»، رسمياً بالنسبة للراهن ورضائيا بالنسبة للمرتهن. ويتبين من كل ذلك أنه اذا لم يفرغ رضاء كل من الراهن والمرتهن فى الشكل الرسمى فلن يكون هناك رهن «رسمى»(٣) .

٥٣- (٤) أثر اشتراط الرسمية في عقد الرهن:

يترتب على اشتراط الرسمية فى عقد الرهن وجوب توافر نفس الشكل، أى الرسمية فى عقد الوكالة بالرهن، وقد جاء ذلك صريحا فى نص المادة

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة٥٤ ص ١٧١، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٢٤ .
(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٥١ .
(٣) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ٢٤٠، ٢٤١ .

٧٠٠ مدنى بقولها «يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

وعلى ذلك فاذا أبرم الرهن بواسطة وكيل عن الراهن. فأنه يجب أن تكون الوكالة خاصة ورسمية. ولكن لايلزم أن يعين فى عقد الوكالة العقار الذى يحصل التوكيل فى رهنه أو الدين الذى يراد ضمانه تعييناً دقيقاً. لأن هذا التعيين سوف يتم فى عقد الرهن نفسه (م ٧٠٢مدنى). أما بالنسبة للدائن المرتهن فتكفى الوكالة العامة، حيث أن الارتهان ليس من أعمال التصرف، ولكن يلزم أن تكون الوكالة رسمية حيث أنه سوف يقبل عن الدائن المرتهن الرهن الرسمى[١] .

٥٥-(ب) اشتراط الرسمية في الوعد بالرهن:

وقد نص المشرع فى القانون فى المادة ٢/١٠١ على أنه «اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد».

وعلى ذلك فانه يلزم لكى يكون الوعد بالرهن صحيحا أن يتوافر فيه الرسمية المطلوبة بالنسبة للرهن ذاته. والحكمة من ذلك أنه لو لم يشترط فى الوعد الشكل المتطلب فى العقد الموعود به لأدى ذلك إلى الافلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون. وذلك لأنه يمكن بناء على الوعد بالتعاقد الحصول على حكم يقرر اتمام التعاقد وبهذا يصل الطرفين إلى ابرام العقد دون مراعاة الشكل المطلوب[٢] .

ولكى يكون الوعد بالرهن صحيحا فيجب أن يتم فى ورقة رسمية وأن تتضمن هذه الورقة البيانات الكافية والدقيقة والمتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون بالرهن. فاذا توافر فى الوعد الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة

---

(١) أنظر عكس ذلك الفقهاء الذين لايشترطون الرسمية فى عقد الرهن الرسمى من جانب الدائن، والمراجع السابق الاشارة إليها فى هذا الصدد.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢ ص٧٤.

لانعقاده، فان الواعد يلتزم بابرام عقد الرهن الرسمى. فاذا قاضاه الدائن المرتهن طالبا تنفيذ الوعد، قام حكم القاضى متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد (م ١٠٢ مدنى).

أما اذا لم تتوافر فى الوعد الرسمية أو لم تتضمن الورقة الرسمية البيانات الخاصة بالعقار المرهون والدين المضمون، فان هذا الوعد لايمكن أن يؤدى إلى الزام الواعد بابرام الرهن، ولايمكن للدائن المرتهن أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر حكما يقوم مقام عقد الرهن، لأنه اذا سمح له بذلك لأدى إلى الافلات من الرسمية المتطلبة فى عقد الرهن ذاته. لكن هل يظل عقد الوعد الذى لم تتوافر فيه الرسمية دون أى أثر؟

نجد أن المذكرة الايضاحية توضح لنا مايمكن أن يرتبه هذا الاتفاق من آثار فتقول: «ومع ذلك، فالوعد بابرام عقد رسمى لايكون خلوا من أى أثر قانونى، اذا لم يستوف ركن الرسمية. فاذا صح أن مثل هذا الوعد لايؤدى إلى اتمام التعاقد المقصود فعلا فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية، طبقا لمبدأ سلطان الارادة. وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى اتمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به»[1] وهذا مايذهب اليه الفقه الغالب فى مصر[2]، وهو الذى نؤيده.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الوعد الذى لايستكمل شرط الرسمية يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لايترتب عليه أى أثر قانونى[3] ولكن يمكن للدائن أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢ ص ٧٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٩٦ ص ٣٠٥، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١١٦، محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص ١١٠، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ١٨٨ ص ٢٨٤، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٧٣، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٠ ص ٢٨٩، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٣ ص ١٤٧، ١٤٨، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٢٧.
وقارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ٢٣٤، ٢٣٥.

(٣) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ٢٢٨.

يحصل على حق اختصاص بناء على حكم بالدين الذى أريد ضمانه بالرهن[1] .

ثانيا - جزاء تخلف الرسمية:

ان الرسمية تعتبر شرطاً لانعقاد الرهن، وعلى ذلك فانه يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا. وهذا العقد لايتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمى وذلك لأن الوعد يجب أن يتوافر فيه الشكل الذى يتطلبه المشرع فى العقد الموعود به (م ١٠١ /٢ مدنى).

لكن هذا لايمنع من أن العقد الذى لم تتوافر فيه الرسمية يخلف إتفاق منشىء لالتزامات شخصية يصلح للمطالبة بالتعويض أو بسقوط أجل الدين، وهذا هو نفس الحكم الذى أيدناه بصدد الوعد بالرهن الذى لم يتوافر فيه الشكل الرسمى[2] .

المطلب الثاني

مبدأ تخصيص الرهن

لايكفى لانعقاد الرهن أن يتم التراضى فى الورقة الرسمية، بل يجب أيضاً أن تشتمل هذه الورقة على بيانات دقيقة متعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون وهذا مايسمى بمبدأ التخصيص - فما هو المقصود بمبدأ التخصيص والحكمة منه - وماهو جزاء مخالفته؟

أولا: المقصود بمبدأ تخصيص الرهن والحكمة منه:

يجب علينا أولا نتعقب ظهور هذا المبدأ، ثم بعد ذلك نتكلم عن مزاياه، وندرس بعد ذلك المقصود بمبدأ التخصيص ووجها هذا التخصيص.

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ٦٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٧٣.

(٢) قارن عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٩٤ ص ٣٠٣، والمراجع المشار إليها فى هامش ٦٤ فى الصفحة السابقة.

٥٦- (أ) **ظهور مبدأ تخصيص الرهن ومزاياه:**

لم يكن مبدأ تخصيص الرهن معروفا فى القانون الرومانى، إذ يجوز أن يرهن الشخص جميع عقاراته الحاضرة والمستقبلة ولايخرج من ذلك الا مايتم الاتفاق على اخراجه - وقد انتقل الأمر بعد ذلك إلى القانون الفرنسى القديم وأصبح الرهن الرسمى العام هو الرهن المعتاد.

وقد ظل الرهن الرسمى رهنا عاما إلى حين قيام الثورة الفرنسية اذ قامت محاولات لادخال مبدأ التخصيص عند قيد الرهن، ثم تطور الأمر بعد ذلك واشترط مراعاة مبدأ تخصيص الرهن لافى القيد فحسب، وانما أيضا فى عقد الرهن نفسه. ولما وضع التقنين المدنى الفرنسى قد أخذ بهذا المبدأ فى الرهن الاتفاقى، واستلزمت المادة ٢١٢٩ منه، تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون سواء فى السند الرسمى المنشىء للرهن أو فى سند رسمى لاحق. ومن ناحية أخرى قد استلزمت المادة ١٢٣٢ من التقنين المدنى الفرنسى تخصيص الرهن بالنسبة للدين المضمون. ومع ذلك فقد بقى الرهن القضائى والرهون القانونية فى القانون الفرنسى رهونا عامة لاتخضع لمبدأ التخصيص.

وللرهن العام أضرار كثيرة بمصلحة المدين والمصلحة العامة، ففيه حجر على سلطة المدين الراهن فى التصرف فى أمواله، وهو يقلل من فرص حصوله على الائتمان اللازم وهذا يؤدى إلى شلل الائتمان بصفة عامة.

ولذا نجد أن مبدأ التخصيص يحقق مزايا عديدة لأطراف العقد وللغير وبالتالى للائتمان بصفة عامة.

فالمدين يستطيع أن يفيد من العقارات التى يملكها بحصوله على الائتمان الذى يحتاج له وذلك بتقرير رهن على عقار يتناسب قيمته مع قيمة الدين. وتبقى بقية العقارات غير مثقلة بحقوق الغير، فيستطيع رهن بعضها لضمان دين آخر إذا ما احتاج إلى ذلك. وتبقى له حرية التصرف والحصول على الائتمان فيما تبقى له من عقارات. ويترتب على مبدأ التخصيص

بالنسبة للراهن أن يبصره بما يثقل ماله من حقوق للغير وبالتالى يجعله يتدبر أموره ولايقدم على الرهن الا بعد تفكير وتدبير.

ويحقق مبدأ التخصيص للدائن مصلحة لاشك فيها، حيث أنه يستطيع معرفة الرهون التى تثقل كل عقار من عقارات المدين ويقدر بالتالى درجة يساره ولايقوم على منحة الائتمان الا إذا تيقن أن قيمة العقار الذى سوف يترتب عليه الرهن تكفى لسداد دينه بل ويزيد.

كما أن مبدأ تخصيص الرهن يحقق للغير مصلحة واضحة، حيث أنه يعلم على وجه الدقة مايثقل العقار الذى يرغب فى شرائه من حقوق وأعباء فلايفاجأ بعد ذلك بدائن أو دائنين مرتهنين يتتبعوا العقار فى يده.

وكل هذا يؤدى فى النهاية إلى خدمة الائتمان بصفة عامة. ويتحقق بذلك سهولة تداول الأموال وبالتالى سهولة الحصول على الائتمان. ولهذا نجد أن التقنين المدنى المصرى القديم والجديد قد اتبع مبدأ تخصيص الرهن و جعله شرط أساسى لانعقاد الرهن. ومبدأ التخصيص ذو شقين الأول يتعلق بتخصيص العقار المرهون، والثانى يتعلق بتخصيص الدين المضمون بالرهن ويتم هذا التخصيص عادة فى عقد الرهن نفسه، ولكن هذا لايمنع من وقوع التخصيص فى عقد رسمى لاحق، ولايعتبر العقد صحيحا الا من وقت التخصيص.

٥٧-(ب) معني ووجها مبدأ تخصيص الرهن:

قد سبق أن رأينا التخصيص يتعلق بالعقار المرهون من ناحية، وبالدين المضمون بالرهن من ناحية أخرى. فلنعرض لوجها مبدأ التخصيص حتى نقف على المعنى المقصود بهذا المبدأ.

٥٨-(١) تخصيص العقار المرهون:

فقد نصت المادة ٢/١٠٣٥ مدنى على أنه «يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى، وأن يكون معنيا بالذات

تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق، والا وقع الرهن باطلا».

ويتم تخصيص العقار المرهون طبقا لهذا النص بوصفه وصفا دقيقا من حيث طبيعته ومن حيث موقعه، وذلك فى الورقة الرسمية، فيذكر طبيعة العقار، أرضا زراعية، أرضا من أراضى البناء، أو منزلا... الخ. فاذا كان العقار المرهون أرضا زراعية يذكر اسم البلد واسم الحوض ورقم القطعة وحدودها. فاذا كان أرضا من أراضى البناء فيذكر البلد الذى تقع فيه، واسم الحى واسم الشارع، ومساحتها وما إلى ذلك. وإذا كان منزلا فيذكر اسم البلد واسم الحى واسم الشارع ورقم العقار المرهون ويذكر أيضا مكوناته وما إلى ذلك.

وبيان ما اذا كان التخصيص كافيا أو غير كاف يعد أمر متروكا لتقدير قاضى الموضوع. فاذا ما انتهى إلى عدم كفايته فانه يحكم ببطلان الرهن.

٥٩- (٢) تخصيص الدين المضمون بالرهن:

سبق أن رأينا أن جميع الالتزامات جائز ضمانها بالرهن، أيا كان مصدرها وأياً كان محلها وأيا كان الوصف الذى يلحق بها. كما يجوز أن يكون الرهن مقرراً لضمان دين مستقبل أو دين احتمالى، أو حساب جار أو فتح اعتماد.

وعلى ذلك فان تخصيص الدين المضمون بالرهن يجب أن يتضمن تحديدا دقيقا لهذا الدين فى عقد الرهن، ويكون ذلك بتحديد مصدره ومقداره. فيبين مصدر الدين قرض، ثمن بيع، تعويض...الخ. ويبين مقداره وما اذا كان منتجا لفائدة أم لا، وسعرها اذا كان منتجا لها وتاريخ سريانها.. الخ. فاذا كان الدين المضمون دينا مستقبلا أو دينا احتماليا، أو تقرر لضمان فتح اعتماد أو لفتح حساب جار فان لم يمكن تحديد مقداره بدقة فانه يجب أن يحدد الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين (م ١٠٤٠مدنى).

ثانيا: جزاء عدم تخصيص الرهن:

اذا لم يتضمن العقد الرسمى تخصيصا للرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف شرط أساسى من شروط انعقاد الرهن.

ولكن قد يحدث أن يتم التخصيص فى ورقة رسمية لاحقة على العقد، فما هو مصير هذا الرهن؟ أجاز المشرع ذلك فى المادة ١٠٣٥ مدنى، ليس على اعتبار أن ذلك اجازة للعقد الباطل، لأن العقد الباطل لاترد عليه الاجازة، وانما على أساس استكمال الشروط اللازمة لقيام العقد، ولذلك فان العقد لاينعقد الا من تاريخ اجراء هذا التخصيص، لامن تاريخ ابرام العقد.

وقد يثور نفس التساؤل الذى قابلناه عند تخلف الرسمية فى عقد الرهن، وهو اذا كان عقد الرهن الرسمى قد وقع باطلا بطلانا مطلقا لعدم تخصيص الرهن الا يخلف وراءه اتفاق أو عقد غير مسمى منشىء لالتزامات شخصية؟ وقد سبق أن أيدنا وجود مثل هذا الاتفاق ويجرى على هذا العقد نفس الحكم الذى ذكرناه بصدد العقد الباطل لعدم الرسمية.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

اذا توافرت شروط انعقاد الرهن الموضوعية والشكلية، ترتبت عليه آثاره فيما بين المتعاقدين. واذا اتخذت الاجراءات اللازمة لشهرة عن طريق القيد أصبح الرهن ساريا فى مواجهة الغير. وعلى ذلك سوف تنقسم الدراسة إلى مبحثين: الأول خاص بدراسة آثار الرهن فيما بين المتعاقدين، والثانى متعلق بدراسة آثار الرهن بالنسبة للغير.

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

وقد سبق أن رأينا أن عقد الرهن من العقود الملزمة لجانب واحد، وهو المدين الراهن، وعلى ذلك فيجب علينا أن نتتبع الالتزامات التى تقع على عاتقه، ومن ناحية أخرى فانه اذا كان الرهن لايحرم الراهن من سلطاته، التصرف والاستغلال والاستعمال، الا أنه قد يرد على هذه السلطات بعض القيود، فيجب اذن أن نتعرف على مدى سلطات الراهن. أما بالنسبة للدائن المرتهن فانه يصبح، بمقتضى عقد الرهن الرسمى صاحب حق عينى تبعى بالاضافة إلى صفته كدائن عادى، فيجب أن نعرف ما أثر ذلك. كما أن لهذا الدائن سلطات معينة فيجب علينا أن نعرض لمدى هذه السلطات:

المطلب الأول

آثار الرهن بالنسبة للراهن

وسوف يدور الكلام هنا حول الالتزامات التى تقع على عاتق الراهن بمقتضى عقد الرهن وكذلك سلطاته ومداها بعد ابرامه لهذا العقد.

أولا - التزامات الراهن

أن مايهدف اليه الراهن والمرتهن من عقد الرهن هو انشاء حق الرهن على العقار. وبمجرد توافر الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لانعقاد العقد

ينشأ حق الرهن على العقار المرهون ولكنه لايكون نافذا فى مواجهة الغير الا بالقيد[1].

ويلتزم الراهن بمقتضى عقد الرهن لضمان سلامة الرهن، وكذلك ضمان الهلاك والتلف.

٦٠- (١) التزام الراهن بضمان سلامة الرهن وجزاء الاخلال به:

وقد نصت على ذلك المادة ١٠٤٧ مدنى بقولها «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك».

ومضمون التزام الراهن بسلامة الرهن هو التزامه، كما يلتزم البائع، بضمان عدم التعرض وضمان الاستحقاق، وعلى ذلك فهو يلتزم بالامتناع شخصيا عن كل تعرض مادى أو قانونى، أى كل عمل ايجابى أو سلبى ينقص من الضمان الذى يخوله الرهن للدائن المرتهن - كما يلتزم بالإضافة إلى ذلك بدفع التعرض القانونى الصادر من الغير.

فلايجوز، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصى، أن يقوم الراهن ببيع العقار المرهون أو ترتيب أى حق عينى على العقار لآخر يقوم بشهرة قبل قيد الرهن، أو يقوم بهدم العقار كله أو بعضه، أو نزع شيئا من العقار المرهون، كالأبواب أو النوافذ مثلا، أو من ملحقاته، كالتحسينات أو الانشاءات، أو فصل العقارات بالتخصيص. كما يجب على الراهن أيضا أن يحافظ على العقار المرهون فلايتركه يتخرب. والأعمال التى يمتنع على الراهن القيام بها هى الأعمال التى تؤدى إلى انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصا كبيرا (م ١٠٤٧) وذلك حتى لايتخذ الدائن المرتهن من أى عمل تافه ذريعة للتدخل فى كل عمل يجريه المدين مما يترتب عليه الارهاق والعنت لهذا المدين[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٥٠.

ويضمن الراهن أيضا التعرض القانونى الصادر من الغير، وذلك بدفعه كل ادعاء بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن كأن يدعى الغير أنه يملك العقار المرهون، أو يملك حق عينى عليه بالرغم من أن الرهن قد تم على أساس عدم وجود مثل هذه الحقوق.

والدائن المرتهن يستطيع أن يحافظ على حقه وذلك باتخاذه الاجراءات الكفيلة بذلك كأن يعترض على تصرف الراهن فى المنقولات والمخصصة لخدمة العقار ليجعل المتصرف اليه سيء النية فلايجوز له أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وذلك فى حالة ما اذا تسلم هذه المنقولات. كما أنه يستطيع أن يتخذ فى حالة الاستعجال، الوسائل التحفظية اللازمة، كأن يطلب تعيين حارس يتولى المحافظة على العقار على نفقة الراهن، أو أن يطلب الترخيص بالقيام بعمل الترميمات على نفقة العقار حتى يحول دون تهدم العقار.

فاذا وقع من جانب الراهن اخلال بالتزامه بالضمان فان للدائن المرتهن، طبقا للقواعد العامة، أن يطلب تعويض الضرر الذى لحقه بسبب ذلك. والضرر الذى يترتب على الاخلال بهذا الالتزام يتمثل أما فى زوال التأمين العينى أو فى ضعفه مما يهدد الدائن المرتهن بعدم حصوله على الحق المضمون. ولذلك كان الجزاء هو تقديم تأمين كاف أو سقوط الاجل ودفع الدائن المضمون فورا (م ٢/٢٧٣) وقد جاء المشرع بتطبيقات لذلك فى المادة ١/١٠٤٨ مدنى.

٦١- (٢) التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف وتعلق حق الدائن بما يحل محل العقار المرهون:

وقد نصت المادة ١٠٤٨ مدنى على أنه:

١- «اذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا».

٢ – «فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل، وفى الحالة الأخيرة اذا لم يكن للدين فوائد فلايكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة مابين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين».

٣– «وفى جميع الأحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهنو للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف الضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر».

وكما هو واضح من النص أنه يتكلم فى فقرته الأولى عن الهلاك أو التلف الحاصل بفعل الراهن أو خطئه. ويعتبر هذا من أفعال التعرض المادى التى يضمنها ويسأل عنها الراهن. وقد حددت المادة الجزاء المناسب فى هذا الفرض وهو تخيير الدائن المرتهن بين اقتضاء تأمينا كافيا أو سقوط الأجل وحلول الدين فورا. وهذا النص يعتبر تطبيقا للقواعد العامة الواردة فى نص المادة ٢/٢٧٣ مدنى.

أما الفقرة الثانية فان النص يتكلم عن ضمان الهلاك أو التلف الناشىء عن سبب أجنبى عن المدين. وقد أوردت المادة حكم يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة للدائن والمدين. فإذا لم يقبل الدائن فى هذه الحالة بقاء الدين بلا تأمين فان الخيار يكون للمدين، لا للدائن، فى أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلوله أجله. وحيث أن هذا الهلاك أو التلف قد حدث دون خطأ من جانب المدين الراهن فانه يجب ألا يضار من حلول أجل الدين ولذلك قد قضت المادة١٠٤٨/٢ مدنى بأنه فى الحالة التى يكون فيها الدين غير منتجا للفوائد والمدين يختار حلول الدين أن يخصم من أصل الدين مايوازى قيمة الفوائد بالسعر القانونى (أى محسوبة بالسعر القانونى ٤ ٪ أو ٥ ٪ حسب الاحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٢٦ مدنى) عن المدة مابين التاريخ المعين أصلا للوفاء والتاريخ الذى تم فيه الوفاء بالفعل.

وقد أعطت الفقرة الأخيرة من المادة السابقة للدائن حق الالتجاء إلى الوسائل الوقائية والتحفظية التى من شأنها الحفاظ على العقار المرهون من الأعمال التى تعرضه للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان.

أما اذا حدث وأن هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب من الأسباب واستحق المدين الراهن أى مبالغ نتيجة لذلك، فما هو مصير الرهن فى هذه الحالة؟

وقد أجابت المادة ١٠٤٩ مدنى بنصها على أنه «اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى ترتب على ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى تقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة.

وعلى ذلك فان النص قد أخذ بفكرة الحلول العينى[1]، اذ يحل المقابل النقدى محل العقار فيما كان عليه من حق للدائن المرتهن.

والنص يشير إلى أن المبالغ التى تستحق قد تكون نتيجة لهلاك الشيء المرهون ماديا أو قانونيا: فاذا هلك العقار ماديا بفعل الغير وقضى للمالك بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية، أو اذا هلك العقار المرهون أو تلف وكان مؤمنا عليه ضد هذا الخطر، فان المدين الراهن يستحق مبلغ التأمين، واذا باع الراهن المبنى انقاضا وهدم العقار فعلا ولايزال فى ذمة المشترى ثمن الانقاض كله أو بعضه، أو فصل من العقار بعض المنقولات الثابتة بالتخصيص وسلمها إلى مشترى حسن النية ومازال ثمنها فى ذمته، بل اذا هلك العقار نتيجة لكاثرة عامة، كحرب أو زلزال، وقدمت الدولة أو غيرها تعويضا على سبيل المساعدة، وكذلك الحال فى حالة الهلاك القانونى، أى اذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ودفعت الدولة التعويض عن ذلك، فانه فى كل هذه الأحوال يحل محل العقار مبلغ أو مقابل نقدى ويتعلق به حق الدائن المرتهن.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٥٤، وانظر فى ذلك أيضا، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٨٠. وانظر عكس ذلك، شمس الوكيل، المرجع السابق. فقرة ٩٤ ص ٢٨٦.

ثانيا: مدي سلطات الراهن

٦٢-المبدأ العام: احتفاظ الراهن بسلطاته كمالك مع بعض القيود:

يمتاز الرهن الرسمى بأنه لايخرج المال المرهون لامن حيازة ولاملك المدين الراهن، كما أنه لايخول الدائن المرتهن شيئا من سلطات المالك، بل أن هذه السلطات جميعا من استعمال واستغلال وتصرف تظل للمدين الراهن.

ولايرد على سلطات الراهن من قيود الا مايقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أى عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصا كبيرا.

أما اذا حل أجل الدين وشرع الدائن المرتهن فى اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فان حقوق وسلطات المدين الراهن تتقيد بقدر أكبر. وهذه القيود ليست راجعة إلى الرهن ولكنها نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهى ترد على سلطات كل مدين ينفذ أحد الدائنين على عقاره ولو لم يكن العقار مرهونا.

ونتكلم أولا عن مدى سلطة الراهن فى العقار المرهون ثم بعد ذلك لمدى سلطته فى استعماله واستغلاله.

٦٣-(١) مدي سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون:

وقد نصت المادة ١٠٤٣ مدنى على أنه «يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون، وأى تصرف يصدر منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن».

وهذا النص يتكلم عن التصرفات القانونية فى العقار المرهون. أما بالنسبة إلى التصرفات المادية فقد سبق أن رأينا أنه يمتنع عن المدين الراهن القيام بالأعمال المادية التى من شأنها المساس بسلامة الرهن أو الانتقاص من قيمة الضمان انتقاصا كبيرا وذلك بمقتضى التزامه الضمان سلامة الرهن، وللراهن أن يجرى التصرفات المادية التى من شأنها أن تزيد فى قيمة العقار، فللراهن أن يغير فى العقار ليعده لاستغلال آخر، وأن يبنى أو

يغرس الأشجار، والأمر متروك لتقدير القاضى للحكم على مدى تأثير مثل هذه التصرفات على ضمان الدائن.

أما التصرفات القانونية اذا كانت فى العقار نفسه أو فى بعض ملحقاته، فانه يجب التفرقة بين التصرفات التى تتم قبل قيد الرهن والتصرفات اللاحقة لذلك. فبالنسبة إلى التصرفات اللاحقة فانها لاتنفذ فى حق الدائن المرتهن ولايلحقه منها ضرر. وعلى ذلك فالراهن يستطيع أن يبيع العقار أو يقابض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل هذه التصرفات. كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وهذه الحقوق لاتنفذ قبل الدائن المرتهن وله أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق. ويستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون رهن آخر، رسميا كان أو حيازيا، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل فى أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق[1].

أما التصرفات القانونية التى تشهر بعد انعقاد الرهن وقبل قيده فهى تنفذ قبل الدائن المرتهن وتكون مباشرة هذه التصرفات من جانب الراهن خروجا على التزامه بضمان الرهن كما سبق أن رأينا، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين فورا بسبب اضعاف التأمينات.

وحرية المالك الراهن فى التصرف فى العقار المرهون تعتبر من النظام العام. وعلى ذلك فان «حرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار على النحو المتقدم لايجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلا تعهد الراهن للمرتهن بألا يتصرف فى العقار المرهون»[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٣٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ٣٩، وجزء ٤ ص ٢٧٥. وانظر عكس ذلك. شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٥، وحسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٨٦ ص ٢٨٧، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٢١٤ ص ٢١٨.

ومن الأعمال التى يمتنع على الراهن مباشرتها لأنها تؤثر على الكيان المادى للعقار، وتؤدى بالتالى إلى انقاص الضمان نزع بعض الأجزاء المعتبرة عقارا بالطبيعة والتصرف فيها على اعتبار أنها منقولات بحسب المال، وفصل المنقولات المعتبرة عقارات بالتخصص عن العقار المرهون. لكن مامدى سلطة المدين الراهن فى التصرف فى هذه الحالة ومامدى حق الدائن المرتهن فى الاعتراض؟

فاذا باع الراهن المنزل المرهون بقصد هدمه أو تصرف فى أشجار مغروسة فى الأرض المرهونة بقصد قطعها. فاذا هدم المنزل بالفعل أو قطعت الأشجار وترتب على ذلك نقص فى الضمان كان للدائن المرتهن اعتبار فعل الراهن اضعافا للتأمين وله أن يطلب بالتالى سقوط الأجل وحلول الدين. واذا قد تم ذلك بعد قيد الرهن كان للدائن المرتهن الاعتراض عليه، وله طبقا لنص المادة ١٠٤٧ مدنى أن يتخذ الاجراءات التحفظية كطلب تعيين حارس على العقار لمنع الهدم أو القطع. فاذا نزعت المنقولات ولم تسلم إلى المشترى كان له أن يمنعه من نقلها. واذا نقلت وتسلمها المشترى بالفعل، كان للدائن المرتهن أن يستردها اذا كان المشترى سىء النية يعلم بالرهن، والا امتنع عليه ذلك، حيث أن المشترى يستطيع أن يتمسك حينئذ بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية». وكل ما للدائن المرتهن فى هذه الحالة الأخيرة هو أن يحجز على ثمن هذه المنقولات تحت يد المشترى اذا كان لم يقم بعد بوفائه إلى البائع (المدين الراهن).

أما بالنسبة للعقارات بالتخصيص قد سبق أن رأينا أنها تعتبر من ملحقات العقار المرهون وأن الرهن يمتد اليها سواء وجدت فى العين عند الرهن أو الحقت به بعد ذلك. لكن هل يستطيع الراهن أن يتصرف فيها بعد ذلك؟

الأصل أن الرهن لايمنع الراهن من التصرف فى العقارات بالتخصيص مادام أن التصرف فى هذه العقارات لن يترتب عليه انقاص الضمان. أما اذا

كان التصرف فيها من شأنه ذلك فانه يكون للدائن المرتهن الحق فى الاعتراض على هذا التصرف. لكن هذا الاعتراض لايعتد به الا بالنسبة الى التصرفات التى تتعلق بالمنقولات التى كانت ملحقة بالعقار وقت الرهن لأن هذه وحدها هى التى عول عليها الدائن المرتهن.

ويستطيع الدائن المرتهن أيضا أن يمانع فى نقلها من العين وأن يطلب تعيين حارس عليها (م ١٠٤٧ مدنى). فاذا تسلمها المتصرف اليه وكان حسن النية فان الدائن المرتهن لايمكن تتبعها وذلك لأن الحائز سوف يتذرع بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية». ولايبقى للدائن الا مباشرة حق الأفضلية على ثمنها. أما اذا كان المتصرف اليه سىء النية يعلم بالرهن، فان الدائن يكون له الحق فى استردادها بمقتضى ماله من حق فى التتبع.

٦٤- (٢) مدى سلطة الراهن فى الاستعمال والاستغلال:

ان الراهن لايزال مالكا للعقار المرهون وحائز له حتى بعد الرهن، وعلى ذلك فان من حقه أن يستولى على ثماره اذ الثمار تكون أصلا للمالك. ويكون له الحق فى استغلال العقار المرهون واستعماله. وقد نصت على ذلك المادة ١٠٤٤ مدنى بقولها «للراهن الحق فى ادارة العقار المرهون، وفى قبض ثماره إلى وقت الحقاها بالعقار».

فللراهن استعمال العقار بنفسه وله أن يقبض ثماره الطبيعية اذا كان منتج ثمارا، ما أنه له استغلاله عن طريق التأجير، فيقبض الأجرة ويتصرف فيها. وهو اذا باع الثمار أو قبضها لم يكن للدائن المرتهن حق فى الاعتراض على هذا.

ويبقى حق الراهن فى قبض الثمار، طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية، وفى التصرف فيها إلى الوقت الذى تلحق فيه هذه الثمار بالعقار.

وهذه الثمار تلحق بالعقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. فمنذ هذا التاريخ يتقيد حق الراهن فى التصرف فى الثمار. هذا القيد ليس فى الواقع

نتيجة لحق الرهن، بل هو نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهو يرد حتى ولو كان الدائن الذى يباشر التنفيذ دائنا عاديا، وحتى ولو لم يكن العقار مرهونا.

فتسجيل تنبيه نزع الملكية يترتب عليه الحاق الثمار بالعقار، فيتعلق بها حق الدائن المرتهن ويمتد اليها الرهن. وفى ذلك تنص المادة ١٠٣٧ مدنى على أنه «يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار مايغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل، ويجرى فى توزيع هذه الغلة مايجرى فى توزيع ثمن العقار، وقد أكد ذلك المشروع فى المادة ١٠٤٤ مدنى. وقد جاءت المادة ٤٠٦، ٤٠٧ مرافعات أكثر تفصيلا فى ذلك.

لكن ماقد يعرض من مشاكل يتعلق أولا بمدى نفاذ الايجار فى حق الدائن المرتهن اذ أن وجود الايجار قد ينقص من قيمة العقار. وثانيا بمدى الاحتجاج بالمخالصات بالآجرة المعجلة، والحوالة بها مقدما فى حق الدائن المرتهن.

٦٥- (أ) مدي نفاذ الايجار في حق الدائن المرتهن:

وقد جاء المشرع بنص صريح فى هذا الشأن. فقد نصت المادة ١٠٤٥ مدنى على أن «الايجار الصادر من الراهن لاينفذ فى حق الدائن المرتهن الا اذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما اذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم يعجل فيه الأجرة، فلايكون نافذا الا اذا أمكن اعتباره داخل فى الادارة الحسنة».

«واذا كان الايجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات فلايكون نافذا فى حق الدائن المرتهن الا لمدة تسع سنوات، مالم يكن قد سجل قبل قيد الرهن».

وقد نصت المادة ١١ من قانون الشهر العقارى على أنه «يجب تسجيل الايجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما، وكذلك

الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ويترتب على عدم تسجيلها أنها لاتكون نفاذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الايجارات والسندات، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة».

ويمكن ملاحظة أن هذه النصوص تعتبر أن الايجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات يكون أقرب إلى أعمال التصرف منه إلى أعمال الادارة. ولذلك نجد المشرع استلزم تسجيله مثله مثل أعمال التصرف حتى يمكن الغير من العلم به فى حالة ما اذا أراد أن يتعاقد على هذا العقار. ونفاذ الايجار يعنى أن هذا العقد يحتج به فى مواجهة المتصرف إليه، فينبغى عليه مراعاة التقيد بعقد الايجار.

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التفرقة بين الايجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات والايجار الذى لاتزيد مدته على ذلك:

– فاذا زادت مدة الايجار الصادر من الراهن بالنسبة إلى العقار المرهون على تسع سنوات، فان هذا الايجار لايسرى بكامل مدته على الدائن المرتهن الا اذا كان مسجلا قبل قيد الرهن. أما اذا كان الايجار غير مسجل ولكنه كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانه يسرى لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريان عقد الايجار. وعلى ذلك فاذا كان عقد الايجار قد عقد لمدة ١٢ سنة وكان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بخمس سنوات. فان هذا العقد لايسرى على الدائن المرتهن الا لمدة أربع سنوات فقط من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية أو عقد بعد هذا التسجيل ولم تعجل فيه الأجرة، فانه لايسرى فى حق الدائن المرتهن الا فى حدود أعمال الادارة الحسنة، فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر بحسب مايقدره قاضى الموضوع.

– فاذا لم تزد مدة الايجار عن تسع سنوات، فانه **لايشترط تسجيله**، ولكن يجب، حتى يسرى بكامل مدته فى حق الدائن المرتهن، أن يكون

ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون. فاذا أجر الراهن العقار المرهون لمدة تسع سنوات، وكان الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بمدة أربع سنوات فانه يسرى فى حق الدائن المرتهن تسع سنوات من وقت سريان عقد الايجار، أى يسرى لمدة خمس سنوات بعد تسجيل تنبيه نزع الملكيّة، وعلى الدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار باعتباره مؤجرا لهذه المدة. أما اذا كان الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه ولم تعجل فيه الاجرة فانه لايسرى فى حق الدائن المرتهن الا فى حدود الادارة الحسنة، فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر، بحسب مايراه قاضى الموضوع.

ويعتبر الايجار من أعمال الادارة الحسنة اذا لم تقل أجرته عن أجرة المثل، ولاتعجل أجرته الا فى الحدود المألوفة، وكانت مدته لاتجاوز المدة المعتادة وفقا لماتجرى عليه العادة فى تأجير مثل هذا العقار. والسائد أن المدة المعتادة فى هذا الخصوص هى ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية وسنة فى المبانى. فاذا جاوزت المدة هذا القدر وجب انقاصها.

وفى جميع الأحوال التى ينفذ الايجار فى حق الدائن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، يجوز للمستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة إلى المالك . فهذا الوفاء يبرئه مادام لم يوقع حجز تحت يده على هذه الأجرة. وقد نصت المادة ٣/٤٠٧ من قانون المرافعات على أن الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه تعتبر محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين. فاذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا (م ٤/٤٠٧ مرافعات).

٦٦- (ب) مدى حق المدين الراهن في قبض اجرة العقار المرهون وحوالتها مقدما:

قد سبق أن قلنا أن الراهن يحتفظ بحقه فى استغلال واستعمال العقار

المرهون ويكون له بالتالى الحق فى قبض الأجرة والتصرف فيها عن طريق الحوالة ولو قبل استحقاقها. ويبقى له هذا الحق إلى أن يسجل تنبيه نزع الملكية. أما اعتبارا من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية فان الأجرة التى تستحق عن المدة التالية تلحق بالعقار ويمتد اليها الرهن ويتعلق بها حق الدائن المرتهن.

وقد جاءت المادة١٠٤٦/١ مدنى لتوضح مدى حق المدين الراهن فى قبض وحوالة الاجرة وشروط نفاذها، بنصها على أنه «لاتكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة فى حق الدائن المرتهن الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية».

٢- «أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فانها لاتكون نافذة فى حق الدائن المرتهن مالم تكن مسجلة قبل قيد الرهن، والا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة».

وتنص المادة ٤٠٩ مرافعات على أن «المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر. فاذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلايحتج بها الا لمدة سنة».

وقد نصت على ذلك أيضا المادة ١١ من قانون الشهر العقارى بقولها يجب تسجيل... المخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك. ويترتب على عدم تسجيلها أنها لاتكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على ... أجرة ثلاث سنوات.

ونخلص من كل ذلك إلى أن المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدما والتى تكون مدتها تزيد على ثلاث سنوات لاتنفذ فى حق الدائن المرتهن لكامل

المدة المعجلة الا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن فانها تسرى فى حق الدائن المرتهن، أما إذا لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ولكنها كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانها لاتسرى الا لمدة ثلاث سنوات فقط ولاتعتبر أجرة السنتين الأخيرتين من الخمس سنوات قد عجلتا. فإن لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نَزع الملكية فانها لاتسرى فى حق الدائن المرتهن الا فى حدود الادارة الحسنة. وقد جاءت المادة ٤٠٩ مرافعات وحددتها بمدة سنة وهذا الحكم الأخير هو الواجب الاتباع.

أما اذا كانت المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدما لاتزيد عن ثلاث سنوات فان القانون لايوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة فى هذه الحالة ولكن يشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أى قبل الحاق الثمار بالعقار وبالتالى امتداد الرهن اليها وتعلق حق الدائن المرتهن بها. فاذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة ثلاث سنوات وثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فأنها تسرى فى حق الدائن المرتهن ويجب على هذا الأخير أن يعتبر العقار المرهون قد عجلت أجرته لمدة ثلاث سنوات، أما اذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانه لاتكون نافذة الا فى حدود أجرة سنة (م ٤٠٩ مرافعات).

المطلب الثاني

آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

٦٧-(١) التنفيذ على العقار المرهون وعلى أموال المدين الأخرى بمقتضى الضمان العام:

ان الدائن المرتهن له صفتان وحقان، فهو دائن وهو مرتهن، أى أنه صاحب حق شخصى وصاحب حق عينى. فيستطيع باعتباره دائن صاحب حق شخصى أن ينفذ على جميع أموال المدين وذلك بمقتضى ماله من حق الضمان العام. لكن فى هذه الحالة يستوفى حقه بالاشتراك مع سائر الدائنين الذين يدخلون فى اجراءات التنفيذ. وله بصفته دائن مرتهن حق عينى على

العقار المخصص لضمان الدين ويستطيع بمقتضى هذا الحق التنفيذ على العقار المرهون ويتتبعه فى أى يد يكون واقتضاء حقه بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة.

وقد كانت المادة ١٠٥٠ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تتضمن فقرة أولى تنص على أنه «يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق. شأنه فى ذلك شأن كل دائن عادى، وذلك مع مراعاة المادتين ٣٢٧، ٣٢٩ وقد حذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة «لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة»[١].

بالإضافة إلى ذلك قد كان قانون المرافعات الملغى ينص فى المادة ٤٨٩ منه على أنه لايجوز للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه الا اذا كان ماخصص للوفاء غير كاف، وعندئذ يكون التنفيذ عن غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية «وقد جاء قانون المرافعات الجديد الصادر فى ٧ مايو ١٩٦٨ خال من هذا النص، بل أن المشروع المقدم لمجلس الأمة كان يتضمن نص مقابل له وهو نص المادة ٣٠٨، وقد رؤى حذف هذا النص. وقد جاء فى تبرير ذلك «أن سبب هذا الحذف أن هذا النص منتقد من الناحية النظرية لأنه يضع الدائن ذا التأمين الخاص فى مركز أقل من مركز الدائن العادى الذى له حق الحجز على جميع أموال المدين بما فيها أمواله المحملة بتأمينات. هذا فضلا عن ضآلة فائدة هذا النص من الناحية العملية.

وعلى ذلك فإن تقرير الرهن لايحرم الدائن المرتهن من حقه كدائن عادى فى التنفيذ على أموال المدين الأخرى، فليس هناك ثمة مايمنع أن يبدأ الدائن المرتهن بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى غير المال المرهون، كل ماهنالك أنه سوف يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين. وله اذا لم تكن قيمة العقار المرهون كافية للوفاء بحقه أن ينفذ على سائر أموال المدين لاستيفاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧، ٥٦ - ٥٧.

ماتبقى له. ولكن الدائن المرتهن يتساوى فى هذه الحالات مع الدائنين العاديين لأن حقه فى التقدم مقصور على المال المخصص لضمان الوفاء بحقه.

وتبدأ سلطات المدين الراهن تنكمش بمجرد اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار المرهون بينما تبدأ سلطات الدائن المرتهن فى الاتساع. وحق الدائن المرتهن فى المطالبة بالتنفيذ لايبدأ الا بعد حلول أجل الدين المضمون بالرهن. أما قبل ذلك فانه ليس له من حق سوى الاعتراض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه المساس بسلامة الرهن أو انقاص ضمانه انقاصا كبيراً.

٦٨- (٢) مركز الكفيل العيني:

يمكن أن يكون الراهن شخص آخر غير المدين، هذا هو الكفيل العينى، والكفيل العينى تقتصر مسئوليته على حدود المال الذى قدمه ضمان لدين المدين فلاتتجاوزه – وقد نصت على ذلك المادة ١٠٥٠ مدنى بقولها «اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلايجوز التنفيذ على ماله الا مارهن من هذا المال...

وبالرغم من الرهن الذى قدمه الكفيل العينى، فان الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على أموال المدين بمقتضى حقه فى الضمان العام، لكن لايجوز للكفيل العينى أن يدفع بتجريد المدين مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١٠٥٠مدنى). فللدائن أن يبدأ بالتنفيذ على العقار الذى قرر الكفيل العينى رهن عليه حتى ولو كان هناك رهن آخر لضمان نفسى الدين على ماله مملوك للمدين. والتزام الكفيل العينى التزام تابع، ولذلك جاز له أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين والتى من شأنها أن تؤدى إلى انقضاء الدين كله أو بعضه (م ٢/١٠٤٢).

وبالنسبة لمباشرة اجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل فانها تبدأ باعلان

بالتنبيه بنزع الملكية إلى الراهن (الكفيل العينى) بعد تكليف المدين بالوفاء وفقا للمادة ٢٨١ (م ٤٠١ فقرة أخيرة مرافعات). وبذلك لم يأخذ المشرع بما أخذت به بعض التشريعات الأجنبية من تطبيق قواعد التنفيذ فى مواجهة حائز العقار على حالة الكفيل العينى. وذلك لأن الحائز قد انتقلت اليه ملكية العقار من المدين أو حق عينى قابل للرهن عليه، أما عقار الكفيل العينى فلم يكن قط مملوكا للمدين، فمن العبث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين اذ لاعلاقة للمدين به ولايتصور أن يتعامل فيه مع أحد. ومن ناحية أخرى فان حماية الغير تقتضى الا يكون العقار محجوزا الا بالتنبيه، باجراء شهر باسم الكفيل العينى، وذلك أنه لو سجل باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزاً فان الغير قد يشترى العقار من الكفيل العينى دون أن يكون فى استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه. لهذا رؤى أن يكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل هذا التنبيه باسم الكفيل العينى. وبهذا التسجيل وليس باجراء قبلة أيا كان تترتب آثار الحجز. على أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بالوفاء لأنه هو المسئول شخصيا عن الدين[1].

ويستطيع الكفيل العينى، اذ أراد توقى اجراءات التنفيذ أن يتخلى عن العقار المرهون، ويتبع فى ذلك مايتبعه الحائز من أوضاع، ويسرى عليه مايسرى على الحائز من أحكام فى المادة ١٠٧١ مدنى (م ٢/١٠٥١ مدنى).

٦٩- (٣) اتباع القواعد المقررة للتنفيذ فى قانون المرافعات:

لايستطيع الدائن المرتهن أن يباشر اجراءات التنفيذ الا اذا حل أجل الدين. فاذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء بعد التنبيه عليه بذلك، فان الدائن المرتهن ينفذ وفقا للأوضاع والاجراءات التى رسمها قانون المرافعات.

وقد نصت المادة ١/١٠٥١ مدنى على أنه «للدائن بعد التنبيه على

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد تعليقا على الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ والتى أصبحت فى القانون المادة ٤٠١.

المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقا للاوضاع المقررة فى قانون المرافعات».

وعندما يقوم الدائن المرتهن بالاجراءات التى رسمها قانون المرافعات والتى تنتهى بالبيع الجبرى للعقار فانه يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد حسب مرتبه رهنه. وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، لأن الاجراءات التى رسمها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، فالاخلال بشىء منها يكون باطلا، اذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع منه رضاه.

وبناء على ذلك يقع باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق، اذ لم يستوف الدين عند حلول أجله، فى أن يتملك العقار المرهون بأى ثمن كان، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء. وكذلك يعتبر باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق فى أن يتتبع العقار دون أن يراعى الاجراءات التى فرضها القانون، وهذا مايعرف بشرط الطريق الممهد.

٧٠-(أ) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء:

تنص المادة ١٠٥٢ مدنى على أنه:

١ - «يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يتملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان، أو فى بيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق أبرم بعد الرهن».

٢ - ولكن يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهن وفاء لدينه».

وعلى ذلك فاذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن، مدينا كان أو كفيلا عينيا، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن

الحق فى أن يتملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق، وهذا هو الغالب، أو بأى ثمن آخر وقد يكون أكبر من الدين المستحق، فان هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام.

والحكمة من تقرير بطلان مثل هذا الاتفاق هو حماية الراهن، وذلك لأنه عندما يبرم عقد الرهن فان يكون عنده حاجة ملحة للائتمان، فقد يستغل الدائن هذه الحاجة ويفرض عليه مثل هذا الاتفاق الذى لايملك المدين، فى مثل هذه الظروف، الا الاذعان له. ويبطل هذا الاتفاق أيا كان الثمن الذى اتفق عليه، وهو يكون عادة أقل من القيمة الحقيقية للعقار لأن الفرق بين هذه القيمة والثمن هو الذى يستفيده الدائن المرتهن من مثل هذا الاتفاق.

وقد يرد هذا الشرط فى عقد الرهن الرسمى ذاته، وهذا هو الغالب، وقد يرد فى اتفاق لاحق لعقد الرهن الرسمى. والاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر يكون باطلا لتوافر نفس العلة. وقد نص المشرع على ذلك صراحة بقوله «.. ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن». على أنه مايجب ملاحظته هو أن بطلان هذا الشرط لايؤدى إلى بطلان الرهن وانما يبقى الرهن مالم يثبت الدائن المرتهن ان هذا الشرط كان الباعث الدافع لابرام عقد الرهن. فاذا أثبت ذلك فان بطلان هذا الشرط يؤدى إلى بطلان الرهن. (م ١٤٣ مدنى).

أما اذا تم هذا الاتفاق بعد حلول الدين أو قسط منه فانه يكون صحيحا وذلك لانتفاء مظنة استغلال الدائن المرتهن لضعف الراهن، اذا أن الراهن يكون على بينة من الأمر ويجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار وفاءً للدين، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين. وقد يكون فى هذا الاتفاق مصلحة للراهن نفسه اذا يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد. (م ١٠٥٢).

٧١-(ب) بطلان شرط بيع العقار المرهون دون اجراءات أو شرط الطريق الممهد:

وصورة هذا الشرط هو أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن، مدينا كان أو

كفيلا عينيا، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقار المرهون بالممارسة أو بأية طريقة أخرى دون اتباع الاجراءات التى فرضها تقنين المرافعات فى البيوع الجبرية.

والحكمة من بطلان مثل هذا الشرط هو حماية الراهن وذلك لأنه يخشى أن يستغل الدائن المرتهن حاجته إلى الائتمان ويفرض عليه هذا الشرط ويترتب على ذلك حرمان الراهن من الحماية التى كفلها القانون بغرض اجراءات معينة فى بيع العقار المرهون بيعا جبريا، ولذلك نصت المادة ١٠٥٢ مدنى على أنه «يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، فى أن .... يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن».

وعلى ذلك فان هذا الشرط يبطل سواء تم الاتفاق عليه في عقد الرهن ذاته أو فى عقد لاحق طالما أنه قد تم قبل حلول أجل الدين. أما اذا تم الاتفاق عليه بعد حلول أجل الدين فان الاتفاق يكون صحيحا لانتفاء شبهة استغلال الحاجة، بل وبما قد يحققه للمدين من مصلحة. وهذا قياسا على الحكم الوارد فى صدد الشرط الخاص بنزول المدين لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه والوارد فى المادة ١٠٥٢/٢ مدنى وذلك لاتحاد العلة[١].

وبطلان هذا الشرط لايؤثر على صحة الرهن ذاته مالم يثبت الدائن المرتهن أن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد. فاذا أثبت ذلك فان بطلان الشرط يؤدى إلى بطلان الرهن ذاته. والبطلان المنصوص عليه فى المادة ١٠٥٢ مدنى هو بطلان مطلق لاترد عليه اجازة، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ، ص ٦٢.

المبحث الثاني

آثار الرهن فيما بين المرتهن والغير

٧٢-الرهن الذي يتم قيده يعطي الدائن المرتهن ميزتا التقدم والتتبع:

اذا ماتوافرت للرهن شروط انعقاده الموضوعية والشكلية فانه يقوم ويرتب آثاره فيما بين عاقديه. ولكن هذا الرهن لايحتج به فى مواجهة الغير الا بقيده. فاذا ماقام الرهن صحيحا وتم قيده فان الدائن المرتهن يستطيع أن يتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين فى المرتبة. وهذا هو حق التقدم أو الأفضلية. كما أن الدائن المرتهن يستطيع أن يحتج بحقه فى مواجهة من تنتقل اليه ملكية العقار المرهون أو يكتسب عليه حقا عينيا آخر يجوز بيعه بالمزاد العلنى. متى كان قد تم قيد رهنه قبل تسجيل هؤلاء لحقوقهم، وبالتالى فهو يستطيع أن ينفذ على هذا العقار فى يد هؤلاء وذلك ليستوفى من ثمنه حقه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة. وهذا مايسمى بحق التتبع.

المطلب الأول

ميزة التقدم أو الأفضلية

يعتبر حق التقدم أو الأفضلية جوهر الرهن الرسمى، وذلك لأن الميزة الأساسية للراهن الرسمى هى السماح للدائن المرتهن التقدم فى استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة سواء بقى العقار فى يد الراهن أو انتقل العقار المرهون إلى الحائز.

ولدراسة حق التقدم أو الأفضلية نعرض أولا لنطاق هذا الحق ثم بعد ذلك لوعائه وأخيرا المرتبة الدائن المرتهن عند التزاحم.

أولا: نطاق الأفضلية: الحقوق التي يستوفيها الدائن المرتهن بالتقدم علي غيره:

الأصل أن القيد لايجعل الرهن ساريا فى مواجهة الغير إلا بالنسبة للمبالغ

التى يضمنها الرهن والتى ذكرت فى قائمة القيد. فالقيد يضمن أصل الدين وكذلك الملحقات التى تذكر فى القائمة كمصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد ومصروفات التجديد وكل هذه المبالغ تأخذ المرتبة الأصلية للرهن ودون حاجة لذكر ذلك. وفيما عدا ذلك فلايدخل فى قيد الرهن، كمصروفات محو القيد، ومصروفات الغاء المحو، وكذلك الملحقات الأخرى غير مصروفات العقد والقيد والتجديد، لاتكون مضمونة بالرهن دون أن يذكر ذلك صراحة فى قائمة القيد. ومثال ذلك الشرط الجزائى المشترط فى العقد أو التعويض المشترط رده فى حالة تعجيل الوفاء قبل الميعاد، فان الراهن لايضمن ذلك الا اذا ذكر صراحة فى قائمة القيد.

وقد نصت المادة ١٠٥٨ مدنى على أنه:

١ - «يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والقيد والتجديد ادخالا ضنيا فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها».

٢ - اذا ذكر سعر الفائدة فى العقد فانه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحقت والتى تحسب مرتبتها من وقت اجرائها، واذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل».

ونستطيع أن نجمل الحقوق التى يستوفيها الدائن المرتهن متقدما على سائر الدائنين بنفس المرتبة التى ثبتت له بالقيد فيمايلى:

١ - أصل الدين وجميع المبالغ التى ذكرت فى قائمة القيد، مما يستحقه الدائن المرتهن بمقتضى الرهن.

٢ - مصروفات عقد الرهن والقيد والتجديد مما يكون الدائن المرتهن قد دفعها لأن الأصل الراهن هو الذى يتحمل بها مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

٣- فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية، والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى حين يوم رسو المزاد. أما غير ذلك من فوائد فانه يمكن أن يجرى بالنسبة لها قيد خاص اذا استحقت ولم يقم المدين بالوفاء بها، وتكن مرتبتها من تاريخ هذا القيد الخاص.

ثانيا: وعاء الأفضلية : الأموال التي يستوفي الدائن المرتهن حقوقه منها بالتقدم:

قد نصت المادة ١٠٥٦ مدنى على أن «يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذى حل محل هذا العقار».

كما أن المادة ١٠٤٩ مدنى قد نصت على أنه «اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يتقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة».

وعلى ذلك، فان الأصل أن حق الدائن المرتهن فى التقدم أو الأفضلية يتعلق بثمن العقار المرهون وملحاته بعد البيع. لكن اذا حل مال محل العقار المرهون، فان الدائن المرتهن يباشر حقه فى التقدم أو الأفضلية على هذا المال أو على ثمنه. وذلك تطبيقا لنظرية الحلول العينى. كما أنه اذا هلك العقار المرهون أو تلف ودفع عن ذلك تعويض أو مبلغ تأمين، أو اذا نزعت ملكيته العامة ودفع عن ذلك مقابل معين، فان حق الدائن المرتهن، فى جميع الحالات يتعلق بالمبلغ الذى حل محل العقار المرهون ويستطيع أن يستوفى منه حقه بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة.

وقد جاء المشروع بتطبيقات لهذا المبدأ فى المادة ٧٧٠ مدنى بصدد عقد التأمين وكذلك المادة ١٠٣٨ مدنى والمتعلقة برهن المبانى المقامة على

أرض الغير. وقد عنى القانون رقم ٥٧٧ سنة ١٩٥٤ والمعدل بقانون رقم ١٠ سنة ١٩٩٠[١] الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة ببيان الاجراءات الكفيلة بحماية أصحاب التأمينات العينية.

ثالثا: مرتبة الدائن المرتهن عند التزاحم:

٧٣- (١) المبدأ العام: العبرة بالأسبقية في القيد:

الرهن الرسمى عقد يسكب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى للعقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى).

ويستفاد من ذلك أن الرهن يزود الدائن بتأمين عينى يجعله يتقدم بخصوص العقار المرهون على الدائنين العاديين، وذلك بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، أو حتى ولو نشأت قبل قيد الرهن. لكن اذا ماحدث تزاحم بين الدائنين المرتهنين فان الأولوية فيما بينهم تتحدد على أساس تاريخ قيد رهونهم، ولو كانوا قد أجروا القيد فى نفس اليوم فان الأفضلية تتحدد بساعة هذا القيد.

وتنطبق نفس القاعدة فى حالة تزاحم الدائن المرتهن مع أصحاب التأمينات العينية الأخرى والخاضعة للشهر - كأصحاب رهن حيازى، أو اختصاص أو امتياز خاص على العقار، فان الاولوية تكون اذن بحسب أسبقية القيد.

أما الدائن صاحب حق الامتياز العام فان حقه لايخضع للشهر، وقد خوله القانون حق التقدم على الدائنين وفقا لترتيب حددة المشرع. وقد نصت على ذلك المادة ٢/١١٣٤ مدنى. وهذه المادة تتعلق بحقوق الامتياز العامة وأسبقيتها فى المرتبة عن أى امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما

---

(١) الجريدة الرسميه العدد ٢٢ تابع فى ١٩٩٠/٥/٣١.

كان تاريخ قيده – وقد قررت المادة ١١٣٨ نفس الحكم بالنسبة للمصروفات القضائية التى اتفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها – وكذلك المادة ١١٣٩ بالنسبة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وغيرها.

وقد نصت المادة١٠٥٧ مدنى على أنه «تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط، أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا».

وعلى ذلك فان المشرع قد حدد مرتبة الرهن الذى يتقرر ضمانا لدين شرطى أو مستقبل أو احتمالى وجعلها تتحدد أيضا بوقت القيد، لكن ماقد يثور فى العمل يتعلق بكيفية مباشرة حق التقدم عندما يتم توزيع ثمن العقار المرهون قبل تحقق الشرط أو وجود الدين المستقبل أو الاحتمالى، وخاصة عندما يتقدم الدائن المرتهن فى هذه الحالة على غيره من الدائنين الداخلين فى التوزيع.

فاذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط فاسخ، فان الدائن المرتهن يستوفى حقه طبقا لمرتبته. ولكن لما كان من المحتمل أن يتحقق الشرط فى المستقبل فيزول حق الدائن بأثر رجعى، فانه يلزم أن يقدم الدائن ضمان كاف يكفل رد ماقبضه فى هذه الحالة وذلك حفاظا على حق باقى الدائنين. فاذا لم يفعل ذلك فان للدائنين الآخرين أن يعارضوا فى تسلمه قيمة مايستحقه فى التوزيع حتى يتبين مصير الشرط[1].

أما اذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط واقف، ولم يتحقق عند توزيع ثمن العقار، فان الراجح فى الفقه أن يقدر للدائن المرتهن حصة احتمالية، ويتم توزيع ثمن العقار كله على الدائنين الآخرين، مع الزام

---

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص ٢٩٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٢١.

من كان منهم تاليا للمرتهن فى المرتبة بأن يقدموا تأمينا يضمن ردهم لحصة المرتهن اذا ماتحقق الشرط[1].

أما اذا كان الدين احتماليا كما هو الحال فى الحساب الجارى، حيث لايتحقق وجود الدين ولايتعين مقداره الا بقطع الرصيد واقراره. فاذا ماتم توزيع ثمن العقار قبل ذلك. فان بعض الفقهاء يرى أن يتم توزيع الثمن كله على باقى الدائنين مع الزامهم بتقديم ضمان عينى يكفل الوفاء بالمبلغ الأقصى المحدد فى قائمة القيد - بينما يذهب البعض الآخر إلى توزيع حصص الدائنين السابقين للدائن المرتهن (البنك) فى المرتبة، وتبقى حصص الدائنين المتأخرين معلقة حتى يتحدد مصير الدين الناشيء من الحساب الجارى[2].

٧٤-(٢) الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ:

اذا كان المبدأ العام هو أن العبرة بالأسبقية فى القيد الا أن المشرع قد خرج عن هذا المبدأ فى بعض الحالات مراعاة لاعتبارات معينة وجدها المشرع جديرة بالحماية.

١ - الاستثناء الأول قد سبق دراسته عند الكلام عن رهن العقار المملوك على الشيوع، وبصفة خاصة عندما يقوم أحد الشركاء على الشيوع برهن حصة شائعة أو جزء مفرز من هذا العقار ويقع فى نصيبه عند القسمة عقارات أخرى غير التى رهنها. ففى هذه الحالة قد قلنا أن الرهن ينتقل إلى هذه العقارات بمرتبته فى حدود القدر الذى قد رهن ابتداء. لكن قد سبق أن رأينا أن المشرع اشترط لاحتفاظ الرهن بمرتبته الأصلية أن يقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٢٢، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ١٥٨.

(٢) أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٢٢، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ١٥٨.

يوما فى الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة (م١٠٣٩/٢). ويضيف القانون ان انتقال الرهن على هذا النحو لايضر برهن صدر من جميع الشركاء، فمثل هذا الرهن يتقدم على الرهن الصادر من الشريك ولو كان مقيدا فى تاريخ لاحق على قيده. كما أن انتقال الرهن لايضر أيضا بامتياز المتقاسم، اذ يتقدم هذا الامتياز على الرهن ولو كان قيده لاحقا على قيد هذا الرهن.

٢- الاستثناء الثانى قد سبق الاشارة اليه عند دراسة ملحقات العقار الذى يمتد اليها الرهن ويتعلق بها حق الدائن المرتهن. وبصفة خاصة عند الكلام عن التحسينات والانشاءات، فقد قلنا أن الرهن يمتد إلى هذه التحسينات والانشاءات متى كانت تعود بمنفعة على المالك وكانت مملوكة له، وبالتالى يتعلق بها حق الدائن المرتهن. لكن المشرع قد أورد تحفظ معين فى المادة١٠٣٦ مدنى بنصه على أنه «... مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨. على ذلك فان المهندس المعمارى والمقاول يستوفيا حقوقهما قبل الدائن المرتهن من ثمن هذه التحسينات أو الانشاءات ولو كان حقه مقيدا قبل امتيازهما الواقع على هذه الملحقات.

٣- الاستثناء الثالث خاص بالتزاحم بين الدائن المرتهن رهنا رسميا والدائن المرتهن رهنا حيازيا. حيث أن الرهن الحيازى العقارى لاينفذ فى حق الغير الا بالقيد وانتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل وتحسب مرتبته من هذا التاريخ (م ١١١٤مدنى) وعلى ذلك فاذا تم قيد الرهن الرسمى بعد قيد الرهن الحيازى وقبل انتقال الحيازة تقدم الرهن الرسمى.

٤- الاستثناء الرابع والأخير خاص بالتزاحم بين حق الاختصاص والرهن الرسمى. وذلك لأن المادة ١٠٨٥ مدنى تشترط فى الدائن الذى يتحصل على حق اختصاص أن يكون حسن النية - فاذا كان يعلم عند طلب

الاختصاص بأن هناك رهنا رسميا تقرر للدائن المرتهن حتى ولو لم يتم قيده فانه يعتبر سيء النية، فاذا قام هذا الدائن بقيد حق الاختصاص قبل أن يقوم الدائن المرتهن بقيد رهنه فانه مع ذلك لايحتج به فى مواجهة هذا الأخير لسوء نية صاحب حق الاختصاص. ومع ذلك فانه يجب الا يتوسع فى تفسير هذا الاستثناء(1).

٧٥-(٣) نزول الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن آخر:

وقد واجه المشرع الغرض الذى ينزل فيه الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن آخر مقيد حقه على العقار نفسه وذلك فى المادة ١٠٥٩ مدنى والتى تنص على أنه «للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبه رهنة فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ماكان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول، اذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة.

ونخلص من هذه المادة إلى أن النزول عن مرتبة الرهن لايؤثر على الدين المضمون ولاحتى على الرهن ذاته، فيبقى للدائن دينه كما يبقى له حق الرهن ذاته. وبذلك يفترق النزول عن مرتبة الرهن عن تغيير شخص الدائن عن طريق حوالة الحق أو الوفاء مع الحلول، لأنه فى حالة حوالة الحق المضمون بالرهن ينتقل هذا الحق إلى المحال له بما يضمنه من تأمينات، ومنها بطبيعة الحال الرهن، وبالتالى فهو يستفيد من هذا الرهن بمرتبته (م ٣٠٧ مدنى) وكذلك فى حالة الوفاء مع الحلول، وسواء كان الحلول اتفاقياً أو قانونيا، يحل الموفى محل الدائن فيما له من حق وبما لهذا الحق من خصائص، ومايلحقه من توابع، ومايكفله من تأمينات ومايرد عليه من دفوع (م٣٢٩مدنى)، وعلى ذلك فان الموفى يفيد فيما للحق من رهن وبنفس المرتبة. ويشترط فى جميع هذه الأحوال أن يؤشر بالحوالة أو الحلول

(1) انظر عكس ذلك أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص ٤٢٤.

أو النزول عن مرتبة الرهن على هامش القيد الأصلى (م ١٠٥٣/٢ مدنى) .

والذى يميز أيضا النزول عن مرتبة الرهن أنها تفترض تعدد الدائنين المرتهنين للعقار، وذلك بأن ينزل دائن متقدم عن مرتبته لدائن مرتهن آخر متأخر عنه، وعلى ذلك فلايجوز النزول لدائن عادى، لأن الفرض أن النزول لايكون الا عن المرتبة وحدها ولايشمل الرهن نفسه.

واذا كانت المادة ١٠٥٩ مدنى تتكلم فقط عن النزول عن مرتبة الرهن لدائن مرتهن آخر يكن له رهنا رسميا مقيدا على نفس العقار، فان هذه المادة يمكن أن ينصرف مع ذلك إلى صاحب حق الاختصاص والدائن المرتهن رهنا حيازيا، وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى، سواء حصل النزول عن المرتبة منه أو لصالحه وذلك لاتحاد العلة فى هذه الحقوق جميعا[1] .

وقد يكون نزول الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن مرتهن آخر متأخر عنه بمقابل، أو على سبيل التبرع – ولكن فى جميع الأحوال يجب الا يترتب على هذا النزول ضرر للدائنين الذين فى مرتبة وسطى بين المتنازل والمتنازل اليه، فاذا كان زيد له رهن فى المرتبة الأولى وبكر له رهن فى المرتبة الثانية، وعمرو له رهن فى المرتبة الثالثة، وقد نزل زيد عن مرتبة رهنه إلى عمرو فان ذلك يجب الا يضر ببكر. ولذلك قد جعل المشرع النزول ينحصر فى حدود دين المتنازل. فاذا كان دين زيد ١٠٠٠ جنيه ودين عمرو ٢٠٠٠ جنيه فلايستفيد عمرو من المرتبة الأولى التى كانت لزيد، والتى حل محله فيها الا لضمان مبلغ ١٠٠٠ جنيه فقط، والا لترتب على النزول الاضرار ببكر، لأنه فى الوضع لم يكن يسبقه الا زيد وبمبلغ ١٠٠٠ جنيه فقط، فاذا سمح بالاستفادة من مرتبة زيد بأكثر من هذا المبلغ لأدى ذلك إلى التأثير على ضمان بكر فى حالة توزيع ثمن العقار وعدم كفايته لسداد الديون.

وكما أن المشرع قد أعطى للدائنين أصحاب المرتبة الوسطى، مثل بكر

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٦٧ ص ٤٨٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٣، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص ٤٣٢.

فى المثال السابق، أن يتمسكوا فى مواجهة المتنازل له، أى عمرو، بكافة الدفوع التى كانت لهم فى مواجهة المتنازل، أى زيد، كالدفع ببطلان دينه، أو بطلان رهنه، أو قيد هذ الرهن، وكذلك الدفع بانقضاء الدين اذا كان الانقضاء سابقا على النزول، أما اذا كان دين المتنازل، زيد، قد انقضى بعد النزول عن المرتبة، فلايجوز لهم التمسك بالدفع بانقضائه اذ أن الدائن المتنازل له اذ يحتل مرتبة المتنازل يكسب حقا فى هذه المرتبة فى وقت كان للمتنازل حقا ثابتا فيها، فلايجوز اذن أن يتأثر هذا الحق بعد ذلك بسبب يتصل بدين غيره[1].

المطلب الثاني

ميزة التتبع

قد سبق أن رأينا أن الرهن ينشأ صحيحا منتجا لآثاره فيما بين طرفيه متى توافرت له أركان انعقاده الموضوعية والشكلية وشرائط صحته. ثم انه ينفذ فى حق الغير باجراء القيد. وتكون مرتبة الرهن بحسب أسبقية القيد. فاذا حل أجل الدين والعقار مازال فى يد الراهن فان الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون ويستوفى حقه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة، أما اذا حل أجل الدين وقد انتقل العقار المرهون إلى شخص اخر فان الدائن المرتهن يستطيع أن يتتبع هذا العقار بين يدى هذا الشخص وينفذ عليه وذلك ليتسوفى حقه أيضا بالأولوية. ولذلك ينبغى علينا أن نعرض لنشأة الحق فى التتبع، ثم كيفية مباشرته، وفى النهاية ندرس موقف الحائز من اجراءات التتبع وماله من دفوع وخيارات.

أولا: نشأة الحق في التتبع

٧٦-(١) المقصود بالتتبع:

الفرض الذى يمكن أن نتصور فيه حق التتبع هو أن العقار المرهون

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٤.

يخرج من ذمة الراهن، مدينا كان أو كفيلا عينيا، إلى مايسمى اصطلاحا، الحائز، والحائز هو شخص غير مسئولة شخصيا عن الدين المضمون بالرهن، لكن يكون للدائن المرتهن بمقتضى الرهن أن ينفذ على العقار المرهون فى يده، وحق الدائن فى التنفيذ على العقار فى يد الحائز يسمى (بالتتبع).

٧٧-(٢) حلول أجل الالتزام المضمون:

وقد نصت المادة ١٠٦٠ مدنى على أنه «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار الا اذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه».

لايستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون فى يد الحائز الا اذا حل أجل الدين المضمون. وعلى ذلك فاذا كان أجلا قضائيا ممنوح للمدين فان الحائز يفيد من هذا الأجل. لكن الدائن المرتهن يستطيع أن يباشر التنفيذ فى مواجهة الحائز بمجرد حلول أجل الدين أيا كان سبب هذا الحلول، حتى ولو كان ذلك راجعا إلى نزول الراهن عن الأجل أو لافلاسه أو اعساره أو لضعف التأمينات. وهنا يبدو الفارق واضحا بين الكفيل والحائز. لأن الكفيل لايمكن أن يضار من سقوط الأجل بالنسبة للمدين أو تنازل هذا الأخير عنه. ويرجع ذلك إلى أن التزام الكفيل التزام تابع ومصدر التزامه هو عقد الكفالة فتتحدد التزاماته بهذا العقد مالم يجد فى الالتزام المضمون مزايا أكبر. بينما لاتوجد هناك أية علاقة شخصية بين الحائز والمرتهن فالحائز ليس مدينا للمرتهن، كل ما هنالك أن ملكية العقار المرهون قد انتقلت اليه. وعلى ذلك فلايكون له من الحقوق أكثر مما كان لمملكه مالم يقضى القانون بغير ذلك[1].

٧٨-(٣) من يعتبر حائز للعقار:

يجب أن نشير منذ البداية ان اصطلاح «حائز العقار المرهون» له معنى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٩٨ ص ٤١٠، ٤١١.

خاص فليس هو من يحوز هذا العقار حيازة قانونية أو عرضية، وانما يعتبر حائز للعقار كل من انتقلت اليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، (م ١٠٦٠/٢ مدنى).

وعلى ذلك فانه يشترط لاعتبار الشخص حائزا أن تتوافر فيه الشروط التالية:

١- أن يكون قد كسب ملكية العقار المرهون كله أو بعضه، أو أى حق عينى قابل للرهن، أى حق يصح بيعه بالمزاد استقلالا، مثل حق الانتفاع أو ملكية الرقبة. والحكمة من ذلك هو أن الغرض النهائى من التتبع هو التنفيذ على الحق فى يد الحائز وبيعه بالمزاد العلنى لاستيفاء الدائن المرتهن حقه بالأولوية من ثمنه. ويستوى أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار أو الحق العينى بمقابل أو بدون مقابل، بناء على تصرف قانونى، كالبيع أو الهبة أو الوصية، أو بناء على واقعة قانونية كالتقادم المكسب، أو أن يكون قد كسب العقار عن طريق الشفعة.

وبناء على ذلك فانه لايعتبر حائزا من لم يكتسب سوى حق شخصى، كالمستأجر أو المشترى بعقد غير مسجل، ولا من لم يكتسب أى حق، كواضع اليد الذى لم يتملك بعد، ولا من كسب حقا عينيا لايقبل الرهن كحق الاستعمال أو السكنى أو حق الارتفاق أو أى حق عينى تبعى.

٢- أن يكون قد كسب الحق بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. وذك لأنه لو كسب حقه وقام بشهره قبل الرهن فان الرهن لاينفذ فى حقه وبالتالى لايكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى يده. وأيضا اذا كسب حقه وقام بشهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية فيكون للدائن المرتهن أن يتجاهل هذا الحق ويباشر اجراءت التنفيذ فى مواجهة من كان مالكا قبل هذا التسجيل وذلك طبقا لنص المادة ٤٠٥ مرافعات.

واذا كان الحائز قد كسب حقه بالتقادم فانه الفقه يجمع الآن على أنه

لايلزم أن يكون قد سجل شيئا لأن نص المادة ١٠٦٠/٢ مدنى تعرف الحائز بأنه من انتقلت اليه «... بأى سبب من الأسباب، ملكية العقار أو حق عينى آخر عليه قابل للرهن. ولم تشترط هذه المادة التسجيل. واذا كانت المادة ٤١١ من قانون المرافعات تنص على أنه «اذا كان لعقار مثقلا بتأمين عينى آل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب انذاره بدفع الدين أو تخلية العقار، والا جرى التنفيذ فى مواجهته» بأن هذه المادة تبين فقط الاجراءات الواجب اتباعها فى مواجهة الحائز. ولاشأن لها بتعريف الحائز. وانما يجب الرجوع إلى القانون المدنى للوقوف على هذا التعريف. كما أن هذه المادة قد أشارت إلى الصورة الغالبة المألوفة وهى التى يتلقى فيها الحائز حقه بموجب عمل قانونى، دون أن يقصد بذلك تحديد معنى الحائز[1].

٣- يجب الايكون من كسب الحق العينى على العقار مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن - وذلك لأنه لو اعتبر كذلك فان الدائن يستطيع أن ينفذ على العقار فى يده بمقتضى ماله من حق الضمان العام فى أمواله.

وبناءً على ذلك فانه لايعتبر حائزا من اشترى من الراهن اذا كان شريكا فى الدين سواء كان متضامنا أو غير متضامن، أو اذا كان كفيلا شخصيا كفل الدين المضمون بالرهن وكذلك لايعتبر الكفيل العينى حائزا للعقار المرهون، وذلك لأنه لم تنتقل اليه ملكية العقار المرهون وانما هو مالك له أصلا قام بتقرير الرهن عليه لضمان دين المدين، كما أنه يعتبر مسئول مسئولية شخصية فى مواجهة الدائن وان كان مسئوليته محددة بالعقار المرهون. وقد جاءت المادة ٤٠١ فقرة أخيرة من قانون المرافعات بالاجراءات التى تتخذ فى مواجهة الكفيل العينى، وهى نفسها التى تتخذ فى مواجهة المدين الراهن، ولذلك الكفيل العينى لايستطيع أن يتخذ اجراءات التطهير فى مواجهة الدائن الذى يباشر التنفيذ، لأن التطهير ممتنع على كل من كان مسئولا عن الدين. وانما قد أجازت له المادة ١٠٥١/٢ مدنى استثناء أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٩٤.

يتفادى الاجراءات الموجهة اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للاحكام التى يتبعها الحائز فى تخليته العقار المنصوص عليها فى المادة ١٠٧١ مدنى. والحكمة من ذلك واضحة حيث أنه قد تكون للكفيل العينى مصلحة واضحة فى عدم ظهور اسمه فى اجراءات التنفيذ وذلك للحفاظ على سمعته المالية والائتمانية وأيضا عدم مشغوليته بهذه الاجراءات والتى قد تطول.

ولايعتبر الوارث حائزا للعقار المرهون من المورث، لأن ملكية العقار المرهون لاتنتقل إليه من المورث الا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن، وذلك طبقا لمبدأ الا تركه الا بعد سداد الديون، فلامحل اذن لأن يكون حائزا لعقار مرهون. أما فى حالة ما اذا صفيت التركة وفقا للاجراءات التى نظمها المشرع، ووقع فى نصيب الوارث العقار المرهون، وتحمل ماعليه من الدين، فان الوارث يكون مسئولا شخصيا عن الدين، فلايجوز اعتباره حائزا للعقار المرهون[1].

وهذه هى الشروط الواجب توافرها حتى يعتبر من انتقل اليه العقار المرهون أو تلقى عليه حقا عينيا آخر قابلا للرهن حائزا. وبطبيعة الحال هذا يفترض أن الرهن لايزال قائما ونافذا برغم انتقال الملكية اليه أو تلقى الحق العينى عليه. فاذا ترتب على انتقال الملكية زوال الرهن وبالتالى الحق فى التتبع فلامحل للكلام عن وجود حائز، كما هو الحال عند انتقال الملكية إلى الدولة على إثر نزع الملكية للمنفعة العامة، وانتقال الملكية إلى الراسى عليه المزاد عند البيع الجبرى للعقار، وكذلك تتطهر الأراضى المستولى عليها بواسطة الاصلاح الزراعى من حقوق الرهن والاختصاص والامتياز التى تكون مثقلة بها عند الاستيلاء عليها (م٧قانون الاصلاح الزراعى) وبالتالى فلا يجوز تتبعها تحت يد صغار الزراع اذا وزعت الحكومة هذه الأرض عليهم.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٩٤، ٩٥، وقارن التعليل الآخر الذى يقدمه بعض الفقهاء، اسماعيل غانم، الذمة المالية، فقرة ٣٢ ص ٥٦ ومابعدها، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٢٨.

ثانيا: كيفية مباشرة حق التتبع

لايمنع انتقال ملكية العقار المرهون إلى الحائز من التنفيذ عليه، كل مافى الأمر أنه يجب اتباع اجراءات خاصة فى هذا التنفيذ. الغرض منها مراعاة وجود الحائز.

وقد نصت المادة ١٠٦٠/١ مدنى على أنه «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار الا اذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه».

وقد نصت المادة ١٠٧٢ مدنى على أنه «اذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار فلايجوز للدائن أن يتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لأحكام قانون المرافعات الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو من هذا التنبيه فى وقت واحد».

وقد جاءت المادة ٤١١ مرافعات مؤكدة لذلك بنصها على أنه «اذا كان العقار مثقلا بتأمين عينى وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب أنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار والا جرى التنفيذ فى مواجهته. ويجب أن يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه اليه والا كان باطلا. ويترتب على اعلان الانذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠».

وقد نصت المادة ٤١٢ مرافعات على وجوب تسجيل الانذار، والتأشير به فى هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه والا سقط تسجيل التنبيه. وعلى ضوء هذه النصوص يمكن دراسة أولا اجراءات التتبع وثانيا نعرض لأثر مباشرة هذه الاجراءات.

٧٩-(١) اجراءات التتبع:

يستفاد من النصوص السابقة أن الحائز يستطيع أن يبادر، وقبل أن يتخذ

اجراء فى مواجهه، بقضاء الدين أو بتطهير العقار أو بتخليته – فان لم يفعل ذلك فانه يجوز للدائن أن يباشر ضده حق التتبع، لكن يجب على الدائن أن يتبع اجراءات معينة، أولا أن يقوم بالتنبيه على المدين بالوفاء، ثم بعد ذلك ينذر الحائز بالدفع أو التخلية وأن يسجل هذا التنبيه وأن يؤشر في هامشه بتسجيل الانذار ويقوم أخيراً باتخاذ اجراءات البيع ضد الحائز.

٨٠- (أ) التنبيه علي المدين:

طبقا لنص المادة ٤٠١ مرافعات يجب على الدائن المرتهن لكى يبدأ إجراءات التنفيذ أن يقوم بالتنبيه على المدين بالوفاء، ويسمى هذا بالتنبيه بنزع الملكية أو بالتنبيه العقارى، ويعلن هذا التنبيه إلى المدين لشخصه أو لموطنه على أن يشتمل على بيانات معينة تكفلت هذه المادة بالنص عليها.

والغرض من هذا التنبه هو انذار المدين بأنه ان لم يقم بالوفاء بالدين فانه يسجل التنبيه ويباع العقار جبرا. وقد استلزم المشرع التنبيه على المدين، ومع أن اجراءات التنفيذ تجرى فى هذه الحالة ضد الحائز، وذلك لأن المدين هو المسئول الأول عن الدين، ولأن الحائز سيرجع عليه اذا نزعت ملكيته أو قام بالوفاء بالدين، فوجب اعذاره أولا بالوفاء عن طريق هذا التنبيه لعله يقوم به وبالتالى يقتصد فى الاجراءات والنفقات، والا يكون قد تحققت بهذا التنبيه مسئوليته عن عدم الوفاء ويثبت بذلك تقصيره.

٨١-(ب) انذار الحائز بالدفع أو التخلية:

يجب على الدائن المرتهن أن يوجه إلى الحائز انذارا رسميا بدفع الدين أو بتخليه العقار، والا جرى التنفيذ فى مواجهته. واذا توالى انتقال العقار المرهون من حائز إلى آخر، فانه يكفى التنبيه على المدين وانذار الحائز الأخير دون الحائزين السابقين.

واشترط لكى يكون انذار الحائز صحيحا أن يكون أولا: تاليا للتنبيه على المدين أو على الأقل فى وقت واحد معه. والحكمة من ذلك أن الحائز ليس

مدينا شخصيا بالدين، وان كان التنفيذ يتم فى مواجهته الا أن هذا راجعا إلى عدم قيام المدين بالوفاء وعلى ذلك فيجب تنبيه المدين أولا، أو على الأقل أن يتم التنبيه والانذار فى ورقة واحدة، فقد يفى المدين اختيارا. فاذا حدث الانذار قبل التنبيه وقع باطلا. ويشترط ثانيا أن يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى الحائز والا كان باطلا والمراد بذلك هو اعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه، وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلا، وأن يعرف كل مايعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف على ضوء هذه المعلومات. فاذا تخلف فى الانذار أحد هذين الشرطين وقع الانذار باطلا.

والجدير بالذكر أن الانذار يتم على يد محضر. ويجب بالتالى أن يستوفى البيانات المعتادة فى أوراق المحضرين ويجب أن يتضمن البيانات اللازمة لإخبار الحائز بحقيقة مركز العقار كبيان الدين المطلوب والعقار المراد نزع ملكيته، كما يجب أن يتضمن الانذار اعلانا للحائز بوجوب دفع الدين أو تخليه العقار.

ولم يحدد المشرع ميعاد معين للانذار، وعلى ذلك فانه يمكن توجيه الانذار إلى الحائز قبل تسجيل التنبيه أو بعده. لكن من مصلحة الدائن الا ينذر الحائز الا بعد تسجيل التنبيه، لأن انذاره قبل التسجيل لايمنع من التصرف فى العقار، فإذا انتقلت ملكيته إلى شخص آخر وقام بشهر حقه قبل تسجيل التنبيه فان الدائن يكون ملزما بتوجيه انذار جديد إلى المتصرف اليه باعتباره حائزا جديدا يجب اتخاذ الاجراءات ضده. وعلى الدائن أن يبادر باجراء الانذار حتى يتسنى تسجيل الانذار والتأشير بهذا التسجيل على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه والا سقط تسجيل التنبيه (م ٤١٢ مرافعات).

ويترتب على عدم قيام الدائن بالانذار أوبطلان الانذار عدم الاحتجاج باجراءات البيع والحكم بايقاع البيع على الحائز. ويقضى له بذلك دون حاجة الى اثبات أنه كانت له مصلحة فى توجيه الانذار اليه. فقد افترض

العسوى وجود المصلحة. وله طلب اعادة يده على العقار ان كان نزع منه ولايجوز لغيره أن يتمسك بعدم القيام بالانذار أو ببطلانه لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة الحائز وحده فله أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه.

٨٢-(جـ) تسجيل التنبيه والانذار:

يجب على الدائن أن يسجل كلا من التنبيه والانذار وأن يؤشر على هامش التنبيه بتسجيل الانذار.

ويسجل تنبيه نزع الملكية فى كل مكتب من مكاتب الشهر التى يقع فى دائرتها العقارات المبينة فى التنبيه (م ٤٠٢/١ مرافعات) ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (م ٤٠٤ مرافعات) وعلى ذلك فانه اذا لم يكن هناك ميعاد محدد لتسجيل التنبيه، فانه مع ذلك من الأفضل للدائن الذى يباشر الاجراءات أن يسارع إلى هذا التسجيل حيث أن مجرد التنبيه لايرتب أى أثر فى ذمة المدين، باستثناء قطع التقادم، فتأخر الدائن فى تسجيل التنبيه لايضر المدين فى شيء، ولكن قد يضر بالدائن اذا تصرف المدين قبل اجراء هذا التسجيل.

واذا تبين سبق تسجيل تنبيه آخر فلايجوز المضى فى الاجراءات على سبيل التعدد على العقار الواحد وتكون الأولوية فى المضى فى الاجراءات لمن أعلن التنبيه الأسبق فى التسجيل. ومع ذلك يجوز لمن أعلن تنبيها لاحقا فى التسجيل أن يطلب من قاضى التنفيذ أن يأذن له فى الحلول محله فى السير بالاجراءات (م ٤٠٢ مرافعات) ويجب على مكتب الشهر فى هذه الحالة أن يؤشر بالتنبيه الجديد على هامش تسجيل التنبيه الأول مبينا تاريخ التنبيه الجديد واسم من أعلنه وسند تنفيذه ويؤشر فى نفس الوقت على أصل التنبيه الجديد بعد تسجيله مايفيد وجود التنبيه الأول وبتاريخ تسجيله واسم من أعلنه وسند تنفيذه (م ٤٠٣ مرافعات) واذا كان أحد المعلنين اللاحقين قد حصل على أمر من قاضى التنفيذ بالحلول محل المعلن السابق له فانه يجب أيضا التأشير بهذا الأمر على هامش تسجيل التنبيه السابق والتنبيه اللاحق (م ٤٠٣/٤ مرافعات).

وقد أوجبت المادة ٤١٢ مرافعات تسجيل الانذار والتأشير بهذا التسجيل على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه والا سقط تسجيل التنبيه. والغرض من هذا الاجراء هو زيادة حماية من يتعامل فى العقار المحجوز اذ يستطيع أن يعلم بالحجز على العقار سواء كشف عن العقار فى مكتب الشهر تحت اسم المدين مالك العقار الأصلى (الراهن) أو تحت اسم الحائز – ويترتب على سقوط تسجيل التنبيه عند عدم مراعاة المدة السابق ذكرها سقوط تسجيل الانذار (م ٤١٣ مرافعات) واعتبار الحجز كأن لم يكن.

وفى حالة اذا ماتبين سبق تسجيل انذار للحائز على العقار ذاته تتبع نفس الاجراءات والأحكام الواردة فى المادتين ٤٠٢ و ٤٠٣ والخاصين بتعدد تسجيل تنبيه نزع الملكية.

٨٣-(د) اتخاذ اجراءات البيع ضد الحائز:

اذا لم يقم الحائز بقضاء الدين أو بالتطهير أو بتخلية العقار، استمر الدائن المرتهن فى اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهته.

وهذه الأجراءات قد فصلها القانون المرافعات، وهى لاتختلف كثيرا عن الاجراءات التى تتخذ ضد المدين.

٨٤-(٢) أثر مباشرة اجراءات التتبع في مواجهة الحائز:

قبل مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع على العقار يظل الحائز متمتعا بالسلطات التى يخوله اياها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف. ولم تتقيد هذه السلطات الا بالقدر الذى يكفل سلامة الرهن وعدم انقاص قيمته انقاصا كبيرا.

وتبدأ سلطات الحائز فيما يتعلق بالاستعمال والاستغلال فى الانكماش ابتداء من اعلانه بالدفع أو التخلية (م ٤١١ مرافعات). فيترتب على ذلك الحاق الثمار بالعقار المرهون، وتقييد حق الحائز فى استغلال العقار من حيث

تأجيرة ومن حيث قبض الأجرة مقدما أو حوالتها. بل ولم يشترط تسجيل الانذار الموجه إلى الحائز، بعكس الحال بالنسبة للراهن حيث أن المشرع اشترط تسجيل التنبيه حتى يرتب نفس هذه الآثار.

أما بالنسبة لسلطة الحائز فى التصرف فان الرهن لايقيدها مثله مثل الراهن. وكل تصرف منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن يكون صحيحا، فإذا باع العقار المرهون أو قايض عليه أو وهبه فان كل هذه التصرفات تقع صحيحة لكن العقار ينتقل محملا بالرهن. وإذا رتب عليه حق من الحقوق العينية الأصلية فإن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون خاليا من هذه الحقوق وذلك لعدم نفاذها فى مواجهته. واذا ماترتب على العقار حق عينى تبعى آخر، كرهن رسمى أو اختصاص أو امتياز أو رهن حيازى فإن الأسبقية تكون للرهن الأول حسب أسبقيته فى القيد.

وتتقيد سلطة الحائز فى التصرف من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، كما هو الحال بالنسبة للراهن نفسه (م ٤٠٥ مرافعات). ومعنى ذلك أن التصرفات السابقة لتاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية تنفذ فى حق الدائن المرتهن. وعلى ذلك فاذا باع الحائز العقار المرهون قبل تسجيل الدائن التنبيه، أصبح المشترى حائزا ووجب على الدائن أن يتخذ الاجراءات فى مواجهته. أما اذا كان البيع تاليا فى تسجيله لتسجيل تنبيه نزع الملكية فان هذا البيع لاينفذ فى حقه، ولايجعل المشترى حائزا تتخذ ضده الأجراءات ولو لم يكن الدائن قد أعلن الحائز بعد الانذار بالدفع أو بالتخلية.

ونخلص من كل ماسبق أن سلطة الحائز فى الاستغلال وقبض الثمار والتصرف فيها تتقيد من تاريخ انذاره بالدفع أو التخلية. وأن سلطته فى التصرف انما تتقيد من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية. ومعنى ذلك أن تسجيل انذار الحائز لايرتب أثرا قانونيا ما، وانما اشترط المشرع هذا التسجيل لاستيفاء اجراءات الشهر وزيادة فى حماية الغير الذى يتعامل مع الحائز.

ثالثا: موقف الحائز من مباشرة حق التتبع

يستطيع الحائز أن يبادر بقضاء الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على العقار المرهون، أو أن يلجأ إلى تطهير العقار مما عليه من الديون. ويستطيع الحائز أن يفعل ذلك حتى قبل أن يشرع الدائن فى اجراءات الحجز والتنفيذ بالتنبيه على المدين أو انذار الحائز.

لكن قد يكون الحائز غير راغب فى الابقاء على ملكية العقار، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن فى مباشرة اجراءات التنفيذ على العقار المرهون. لكن قد لايكون الحائز راغبا في ظهور اسمه فى هذه الاجراءات، ولذلك أجاز أو القانون تخليته العقار.

وعلى ذلك فان للحائز عدة مكنات قانونية يستطيع أن يلجأ اليها حسب الموقف الذى يختاره لنفسه فقد يقوم:

١- بقضاء الديون أو.

٢- بتطهير العقار أو.

٣- بتخلية العقار أو.

٤- بتحمل اجراءات نزع الملكية.

لكن قبل أن يلجأ الحائز إلى أحد هذه المكنات قد يكن لديه دفع يستطيع عن طريقه انكار حق الدائن فى تتبع العقار فى يده، وبالتالى يستطيع أن يتفادى نزع ملكية العقار من يده أو الزامه بالدين، كأن يدفع بعدم نفاذ الرهن أو سقوط مرتبة الدائن المرتهن لعدم تجديد القيد، أو أن القيد قد زال أثره بالمحو، وترتب على ذلك قبول الدفع فأنه يستطيع بذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع أصلا وبهذا ينتهى الأمر بالنسبة له.

وعلى ذلك سوف ندرس النقطة الأولى والمتعلقة بالأوجه التى يتمسك بها الحائز لانكار حق الدائن المرتهن فى تتبع العقار ثم نعرض للنقطة الثانية والخاصة بمكنات الحائز.

أ- دفـوع الحائـز

وقد يتمسك الحائز بدفوع تمس أصل الدين وقد تكون دوفع متعلقة بالرهن من حيث صحته ونفاذه. وفى كل هذه الأحوال يستطيع الحائز أن يتمسك بهذه الأوجه إما بدعوى متبدأة أو عن طريق المعارضة فى الانذار الذى وجهه اليه الدائن، وذلك فى أى وقت أثناء اجراءات نزع الملكية حتى صدور ا لحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن فيه.

٨٥- الدفوع المتعلقة بالرهن:

يستطيع الحائز أن يتمسك بكل الأوجه التى قد تتضمن الطعن فى صحة الرهن أو نفاذه. وعلى ذلك فان الحائز يستطيع أن يتمسك ببطلان الرهن ذاته لعدم استيفائه لشرط من شروط الموضوعية أو الشكلية، أو ببطلان القيد، أو بعدم القيام بالقيد أصلا، أو بعدم تجديد القيد قبل تسجيل التصرف الذى اكتسب به الحائز ملكيته العقار المرهون، أو التمسك بمحو القيد.

٨٦-الدفوع المتعلقة بالدين المضمون:

وقد نصت المادة ١٠٧٣ مدنى على أنه «يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها اذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز. «ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التى لايزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها».

ويتضح من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين، والحد الفاصل بينهما هو تسجيل سند ملكية الحائز.

الفرض الأول: إذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز، كان لهذا الحكم حجية الأمر المقضى به فى مواجهة الحائز لأن الحائز فى هذه لحالة يعد خلفا خاصا للمدين الراهن فتسرى فى مواجهته جميع الأحكام التى فصلت فى التزامات متعلقة بالعقار المرهون. وعلى ذلك

فانه لايكون للحائز التمسك بأى دفع يمتنع على المدين نفسه التمسك به بعد صدور الحكم. أما الدفوع التى يكون للمدين أن يتمسك بها بعد صدور الحكم، فيجوز للحائز التمسك بها. وهى الدفوع التى تستجد أسبابها بعد صدور الحكم كالدفع بانقضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة.

الفرض الثاني، اذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز، لم يكن الحكم حجة على الحائز مالم يشترك فى الدعوى. ولابد من اختصام الحائز مع المدين. فاذا اختصم الحائز فى الدعوى أو تدخل فيها، فانه يصبح بذلك طرفا فى الدعوى، ويكون له أن يتمسك بكل الدفوع التى كان فى وسع المدين أن يحتج بها، فاذا صدر حكم فى هذه الدعوى كان حجة على الحائز ويمتنع عليه الاحتجاج بأى دفع كان يجوز له التمسك به قبل صدور الحكم. فإذا لم يختصم الحائز فى الدعوى ولم يتدخل فيها، فلا يكون الحكم الصادر على المدين حجة عليه، ويكون له بالتالى أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها، ولو أن المدين نفسه لم يعد فى مقدوره التمسك بها. هذا بالإضافة إلى حقه فى التمسك بالدفوع التى تجد أسبابها بعد الحكم ويستطيع المدين لذلك التمسك بها.

فاذا لم يفلح فى هذه المحاولات، فإن المشرع قد وضع له عدة خيارات أو مكنات يستطيع أن يختار احداها لاتخاذ موقف فى مواجهة الدائن.

ب- مكنات أو خيارات الحائز

وللحائز أن يختار بين أربع مكنات:

١- قضاء الديون.

٢- تطهير العقار.

٣- تخلية العقار.

٤- تحمل اجراءات نزع الملكية.

ولنعرض بالتفصيل مدى استطاعة الحائز استعمال أحد هذه المكنات.

١- قضــاء الديــون

تنص المادة ١٠٦١ مـدنى على أنه «يجوز للحائز، عند حلول الدين المضمون بالرهن، أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ماصرف فى الاجراءات من وقت انذاره، ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزاد. ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل مايوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق، الا ما كان متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين».

ويتضح من هذا النص أنه فى بعض الحالات يكون من مصلحة الحائز أن يقوم بقضاء الديون التى يضمنها الرهن كلها أو بعضها. لكن فى حالات أخرى يجبر الحائز على ذلك وقد أوردت المادة ١٠٦٣ مدنى هذه الحالات. وقد حددت المادة ١٠٦١ مدنى الوقت الذى يجوز فيه للحائز قضاء هذه الديون، كما بينت مايجب عليه قضاؤه، وأخيرا أوضحت المادة أن للحائز حق الرجوع على المدين أو على المالك السابق بكل مايوفيه. كما أن له حق الحلول محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق. وعلى ذلك سوف نوالى دراسة هذه النقاط على التوالى:

٨٧- (١) متي يكون للحائز مصلحة في قضاء الديون:

ويكون للحائز مصلحة فى قضاء الدين اذا كان الدين أقل بكثير من ثمن العقار. أو من الجزء الباقى من الثمن فى ذمة الحائز.

فقد يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بثمن مساو لقيمة الدين ولم يكن قد دفع الثمن، عندئذ يقوم المشترى بوفاء هذه الديون مما هو مستحق فى ذمته من ثمن، فيفى بذلك بالثمن بالنسبة له وبالدين بالنسبة للبائع.

قد يقوم بالوفاء بدين الدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة ويحل بذلك محل هذا الدائن، فاذا كانت قيمة العقار أقل من الديون وهى تكفى فقط لتغطية دين هذا الدائن الذى حل محله فان ذلك يجعل الدائنين المتأخرين

يحجمون عن التنفيذ على العقار لعدم جدوى ذلك، وبالتالى يحتفظ الحائز بالعقار المرهون.

٨٨-(٢) - متي يجبر الحائز علي قضاء الديون:

١-الأصل أن يكون قضاء الحائز للديون التى تضمنها العقار أمرا اختياريا، يلجأ اليه متى رأى فى ذلك مصلحة له - لكن المشرع تدخل والزم الحائز بقضاء الديون متى طلب ذلك الدائن المقيد حقه على العقار وذلك فى حالتين وردتا فى المادة ١٠٦٣ مدنى وهى تنص على أنه «اذا كان فى ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الآداء حالا يكفى بوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل».

٢- فاذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين، أو مغايرا لها، جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعا أن يطالبو الحائز بدفع مافى ذمته بقدر ماهو مستحق لهم، ويكون الدفع طبقا للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاه وفى الأجل المتفق على الدفع فيه».

٣- «وفى كلتا الحالتين لايجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن اذا هو وفى لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود».

ويتضح من هذا النص أنه فى حالة ما اذا كان مستحق فى ذمة الحائز:

١- بسبب امتلاكه للعقار المرهون.

٢- والذى سجل سند ملكيته.

٣- مبلغ واجب الآداء حالا.

٤- كاف للوفاء بجمع الديون المقيدة على العقار فانه يكون من مصلحته الوفاء لهؤلاء الدائنين دون الراهن. بل يحق لهؤلاء الدائنين أن يجبروه على الوفاء لهم. ولايكون له حق فى تخليته العقار.

أما اذا كان المبلغ المستحق فى ذمة الحائز.

١ – أقل من ديون الدائنين المقيدين.

٢ – أو مغاير لجنس هذه الديون.

٣ – أو غير مستحق الأداء حالا.

فان اقتضاء الديون يتوقف على اتفاق جميع الدائنين المقيدين على مطالبة الحائز بالدفع. فاذا ماتم الاتفاق يجبر الحائز على مافى ذمته ولاتجوز له تخلية العقار، لكن يلاحظ أن الحائز لايدفع فى هذه الحالة للدائنين المقيدين، الا طبقا للشروط وفى المواعيد التى ارتضاها. وهو اذا دفع على هذا الوجه لايخسر شيئا، فهو قد أدى للدائنين حقوقهم كاملة، وتخلص من ثمن العقار فاذا بقى بعد ذلك بقية من الثمن فيدفعها البائع.

وفى كلتا الحالتين أن وفاء الحائز للدائنين المقيدين يؤدى إلى تطهير العقار من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من قيود. وليس له الرجوع على أحد لأنه قد وفى بما هو مستحق فى ذمته بسبب امتلاكه العقار المرهون.

٨٩-(٢) مايجب علي الحائز دفعه لقضاء الديون اختيارا:

يجب أن يدفع الحائز للدائن المرتهن كل مايجب دفعه له بموجب عقد الرهن. وعلى ذلك فيجب على الحائز أن يدفع كل الدين والفوائد المضمونة بالرهن والمصروفات المضمونة بالقيد بالاضافة إلى ذلك ماصرف فى الاجراءات من وقت انذار الدائن المرتهن للحائز حتى وقت الوفاء.

٩٠- (أ) الوقت الذي يجوز للحائز فيه قضاء الديون اختيارا:

الحائز لايقوم بوفاء الدين المضمون الا عند حلول الأجل. لكن الحائز يستطيع أن يبادر بقضاء الديون ولو لم ينذره الدائن المرتهن بالدفع أو التخلية.

ويبقى حق الحائز فى قضاء الديون حتى يوم رسو المزاد. وعلى ذلك فان للحائز أن يقوم بهذا الوفاء فى أى وقت تكون عليه اجراءات التنفيذ إلى أن يصدر حكم بايقاع البيع، ومع ذلك فانه من مصلحة الحائز أن يبادر إلى قضاء الدين فى أقرب وقت ممكن، حيث أنه كلما تأخر فى ذلك كلما زادت ملحقات الدين التى يلتزم الوفاء بها مع الأصل، كالفوائد والمصروفات التى انفقت فى الاجراءات التى يتخذها الدائنون بعد اعلان الانذار.

٩١-(ب) أثر قضاء الديون اختيار. رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون وحلوله محل الدائن المرتهن فيما له من حقوق.

وقد نصت المادة ١٠٦١ مدنى على أنه «... يكون له (للحائز) فى هذه الحالة (قضاء الدين المضمون بالرهن) أن يرجع بكل مايوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق الا ماكان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين».

وقد نصت المادة ١٠٦٢ مدنى على أنه «يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز».

ويتضح من هذا أن للحائز الذى قضى الدين أن:

١- يرجع على المدين بالدعوى الشخصية.

٢- وأن يرجع بدعوى الحلول محل الدائن الموفى.

٣- وأن يرجع بدعوى الضمان على المالك السابق للعقار المرهون.

٩٢-رجوع الحائز على المدين بالدعوى الشخصية:

يجب أن نشير أن هذا الرجوع يقتصر على الحالات التى يفى فيها

الحائز بالدين المضمون دون أن يكون مستحق فى ذمته شىء من الثمن أو أن يكون مستحق فى ذمته جزء من الثمن لكنه أقل مما أوفى به للدائن.

وأساس هذا الرجوع هو الاثراء بلا سبب (م ٣١٤مدنى). وذلك لأن المدين قد أثرى عى حساب الحائز بأن برئت ذمته دون أن يدفع شيئا أو أن مادفعه يقل عما كان مستحق عليه. والافتقار يتمثل فى أن الحائز قد أدى دينا غير مستحق عليه – وعلى إثر هذا الوفاء يعتبر الحائز دائنا للمدين بما وفاه ويكون له أن ينفذ على جميع أمواله بمقتضى ماله من حق فى الضمان العام.

٩٣- رجوع الحائز بدعوي الحلول محل الدائن:

نصت المادة ١٠٦١ مدنى على تطبيق من تطبيقات المادة ٣٢٦ مدنى بند ج الحائز فى هذه الحالة يحل قانونا محل الدائن الذى أوفاه فى حقوقه وتأميناته (م ٣٢٩مدنى) الا أن المادة ١٠٦١ قد أوردت قيد معين بنصها على على أن «.... يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق **الا ماكان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين**».

وعلى ذلك فإن الحائز لايستفيد فى رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن بالكفالة الشخصية والكفالة العينية، وهى تأمينات مقدمة من شخص آخر غير المدين، وهذا راجعا إلى أصل مقرر بصدد الكفالة وهو أنه لايجوز للمدين أن يسوء مركز الكفيل. لأن المدين لو لم يتصرف فى العقار المرهون إلى شخص آخر لاستطاع الدائن أن ينفذ على العقار تحت يديه ولانقضى بذلك التزام الكفيل.

بالعكس من ذلك فان الحائز يستفيد فى حالة رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن بكل التأمينات التى قدمها المدين نفسه. فاذا كان الدين الذى وفاه الحائز مضمونا برهن على عقار مازال على ملكية المدين فان للحائز أن يستفيد من هذا التأمين. ويمكنه أن ينفذ على هذا العقار حالا فى ذلك محل الدائن فما له من رهن على هذا العقار. وكذلك يجوز للحائز أن يحل محل

الدائن فما له من رهن على هذا العقار. وكذلك يجوز للحائز أن يحل محل الدائن الذى وفاه فيما كان له من رهن قرره المدين على العقار الذى آلت ملكيته إلى الحائز. فيكون للحائز عندئذ رهن على عقار نفسه. ولاتبدو لهذا الرهن أهمية الا اذا كانت هناك رهون أخرى متأخرة فى المرتبة عنه. وهنا تظهر الحكمة من نص المادة ١٠٦٢ التى تحض الحائز على الاحتفاظ بقيد الرهن بل وأن يجدده عند الاقتضاء.

أما فى حالة ما اذا كان المدين قد رهن عقارا آخر غير ذلك العقار الذى انتقل إلى الحائز الذى أوفى بالدين، ثم انتقل ذلك العقار إلى حائز، فاننا نكون هنا بصدد تعدد حائزين لعقارات ضامنة لنفس الدين. وهذه الأمر متصور أيضا ولو كان العقار المرهون واحدا اذا مابيع جزء منه إلى شخص والجزء الباقى إلى شخص آخر.

فاذا وفى أحد هذين الحائزين بكل الدين، فلايرجع بمقتضى الحلول على الحائز الآخر بكل الدين، بل يوزع الدين على الحائزين بنسبة قيمة كل عقار إلى مقدار الدين وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٣٣١ مدنى وذلك بنصها «اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلايكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين. الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ماحازه من عقار».

فاذا فرضنا أن الدين كانت قيمته ستة آلاف جنيه مثلا، وكان مضمونا برهنين: احدهما على عقار قيمته ستة آلف جنيه والآخر على عقار قيمته ثلاثة آلاف. فعلى ذلك يكون جملة مايضمن الدين من عقارات ماقيمته تسعة الآف جنيه. فاذا تصرف المدين فى العقارين إلى شخصين مختلفين، وقام الحائز الأول بوفاء الدين كله (٦ آلاف جنيه)، فانه لايتحمل من هذا الدين الا بقدر حصته بحسب قيمة ماحازه من عقار أى بنسبة (٦ قيمة عقاره / ٩ قيمة التأمين العينى كله) أى الثلثين، فان ماكان يجب عليه دفعه هو ثلثى الدين أى مبلغ ٤٠٠٠ جنيه. والحائز الثانى لايتحمل الا بقدر حصته بحسب قيمة ماحازه من عقار أى بنسبة (٣ قيمة عقاره / ٩ قيمة التأمين العينى كله) أى الثلث، فان ماكان

يجب عليه دفعه من الدين هو مبلغ ٢٠٠٠ جنيه وهذا مايرجع به فقط الحائز الأول على الحائز الثانى.

٩٤- رجوع الحائز على المالك السابق:

للحائز أن يرجع على من تلقى الملكية منه. فاذا قد تلقاها بعوض، كان له حق الضمان، فيرجع بهذا الحق عليه، كما لو كان من تلقى الحائز الملكية منه بائعا أو مقايضا. أما اذا كان من تلقى الملكية منه لايضمن، كما اذا كان واهبا أو موصيا، فانه لا رجوع للحائز فى هذه الحالة.

٢- تطهيــر العقــار

وقد نصت المادة ١٠٦٤ مدنى على أنه:

١ – «يجوز للحائز اذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند».

٢ – «وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى الحائز. ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع» ثم جاءت المواد من ١٠٦٥ إلى ١٠٧٠ مدنى لتبين أحكامه. ولذلك يجب أن نعرض بالدراسة للتطهير على النحو التالى، ندرس أولا تعريف وتقدير نظام التطهير ثم ثانيا ندرس أحكام التطهير.

(أ) تعريف وتقدير نظام التطهير

٩٥- (١) المقصود بالتطهير:

ويتضح من نص المادة ١٠٦٤ مدنى والمواد التالية أن التطهير وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها أن يعرض على الدائنين المقيدة ديونهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار، فاذا قبل هؤلاء الدائنين العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب استحقاقهم، وترتب على هذا تخليص العقار من جميع الرهون حتى تلك التى لم يصب أصحابها بشيء من قيمة العقار،

واذا لم يقبل الدائنون كلهم أو بعض منهم هذا العرض وجب عليهم طلب بيع العقار فى الحال، ولو كانت ديونهم غير حالة، وينتهى الحال عندئذ أما برسو المزاد على الحائز أو على غيره، وفى الحالتين يطهر العقار مما عليه من حقوق.

٩٦- (٢) مزايا وعيوب التطهير:

فلو نظرنا إلى كل من يهمه التطهير لوجدنا أن الدائنين المرتهنين والدائنين أصحاب الديون الممتازة على العقار، والحائز والمدين وفى النهاية الائتمان. فبالنسبة للدائن المرتهن والدائنين أصحاب الحقوق الممتازة على العقار، نجد أن التطهير يضر بهم حيث أنه يجردهم من حقهم على الرغم منهم، أو يجبرهم على استعمال حقهم فى وقت لم يكن لهم ارادة فى اختياره. وذلك لأن الحائز يستطيع أن يباشر اجراءات التطهير دون انتظار لحلول آجال الديون. كما أن التطهير من شأنه أن يؤدى إلى اجبار الدائنين على قبول وفاء جزئى لحقوقهم، خروجا على المبدأ العام الذى يقضى بعدم جواز ذلك. وكذلك فان التطهير يسمح للحائز الذى اكتسب جزء من العقار المرهون أن يطهره وهذا من شأنه أن يشكل خروجا على مبدأ عدم تجزئة الرهن. الا أنه من جانب آخر فان الدائنين المرتهنين سيحصلون فى هذه الحلة، على قيمة العقار دون حاجة إلى اتخاذ اجراءات نزع الملكية.

أما بالنسبة للحائز، فان التطهير مقرر لمصلحته، وخاصة لو كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار، كما أن التطهير مفيد بالنسبة للمدين اذ يسهل عليه أن يجد مشتريا لعقاره المثقل بالديون.

وفى النهاية فان التطهير يفيد الائتمان بصفة عامة. حيث أنه يسهل التصرف فى العقار المثقل بديون مقيدة وخاصة اذا جاوزت هذه الديون قيمة العقار. فلولا التطهير لأحجم الناس عن التعامل فى شأن هذا العقار، لأن من يرتضى شراءه لايمكنه أن يحتفظ بملكيته الا اذا كان مستعدا فى سبيل ذلك بأن يفى بكل مايثقله من ديون، وهذا أمر نادر الوقوع. أما السماح بالتطهير يشجع راغبى الشراء على الاقدام عليه، فيستطيع من يريد شراءه أن يشتريه

ثم يلجأ إلى تطهيره بعرض قيمته على الدائنين. والغالب أن يقبل الدائنون مايعرضه الحائز اذا كان مساويا لقيمة العقار الفعلية وذلك حتى يتفادى أيضا اجراءات نزع الملكية.

٩٧-(٣) مقارنة بين تطهير العقار وقضاء الديون:

يتفق تطهير العقار وقضاء الديون فى أن كل منهما اختيارى بالنسبة للحائز، بمعنى أن هذا الأخير يختار بينهما حسبما يراه محققا لمصحته. كما أن كل من التطهير وقضاء الديون يؤديا إلى تخليص العقار من الحقوق المقيدة عليه.

ومع ذلك فان كل من قضاء الديون والتطهير يمتاز بعدة خصائص. فما يمتاز به قضاء الديون بأنه يضمن للحائز الاحتفاظ بالعقار بينما التطهير قد يؤدى إلى عرض العقار للبيع بالمزاد وخروجه من ملكيته، وذلك فى حالة ماذا رفض الدائنون العرض الذى قدمه الحائز. أما التطهير فانه يمتاز عن قضاء الديون بأنه لايقتضى من الحائز أكثر من قيمة العقار مهما كان مقادر الديون، كما أنه يسمح له بالتخلص من الديون المضمونة قبل حلول أجلها.

وعلى ضوء ماتقدم فان من مصلحة الحائز أن يختار قضاء الديون اذا كانت جملة الديون المقيدة على العقار أقل من قيمته، فهو بهذا يضمن تخليص العقار من هذه الديون مع الاحتفاظ به. وتكون مصلحته أن يختار طريق التطهير اذا كانت قيمة العقار أقل من مقدار الديون المقيدة عليه، فهو يستطيع حينئذ أن يخلص العقار منها بما لايجاوز قيمته.

(ب) أحكام التطهير

ونود أن نعرض هنا لمن يجوز له التطهير ثم بعد ذلك ندرس اجراءات التطهير، عرض التطهير وآثاره، ثم فى النهاية نتكلم عن آثار التطهير ومصروفاته.

٩٨-(أولا) من له الحق في التطهير:

قد نصت على ذلك المادة ١٠٦٤/١ مدنى بقولها «يجوز للحائز اذا سجل

سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند، على ذلك فان حق التطهير يثبت فقط لحائز العقار المرهون. وهو وحده الذى يقرر ما اذا كان من المناسب أن يلجأ إلى هذه الطريقة أم لا. وفى الغالب الحائز يختار التطهير اذا كانت الديون المقيدة قبل تسجيل سنده قيمتها أكبر من قيمة العقار، حيث أنه ليس له مصلحة فى دفع ديون قيمتها تفوق بكثير قيمة العقار ولايستطيع استردادها كلها. كما أن لايميل إلى التنفيذ مباشرة على العقار بترك الدائن المرتهن ينفذ عليه، ولايميل إلى التخلية، فهو بالتالى يفضل التطهير حيث أنه يستطيع أن يخلص العقار من هذه الديون بما لايجاوز قيمته.

وحيث أن الحائز وحده وهو الذى يملك التطهير، والحائز هو من يكسب ملكية العقار أو حق انتفاع عليه دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون، فانه على ذلك لايحق لا للكفيل الشخصى ولا للكفيل العينى ولا للشريك، اذا ما اكتسب أيهما ملكية العقار المرهون، بينما اذا اكتسب أحد الدائنين المرتهنين ملكية العقار فانه يصبح حائزا ويجوز له أن يباشر تطهير العقار.

وعلى ذلك فيجوز التطهير لمشترى العقار كله أو بعضه والمقايض، والموهوب له، والموصى له، والشفيع، ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون [1]. بينما لايجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى أن يلجأ إلى التطهير وذلك لأن هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد فهى غير قابلة للرهن[2].

ويجوز التطهير لمن آلت إليه حصة شائعة فى العقار المرهون، أما بالنسبة للحائز تحت شرط، فأنه يجب أن نفرق فيما إذا كان الحائز قد تملك العقار تحت شرط واقف أم تملكه تحت شرط فاسخ ففى الفرض الأول لا يجوز للحائز أن يلجأ إلى التطهير، لأنه لم يتملكه بعد، لأن الشرط لم يتحقق، أما إذا تحقق الشرط فيثبت له الملك وبالتالى يكون له حق التطهير. فى الفرض

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٨٠ ص ٥٤٢، والمراجع المشار إليها فى هامش ٣.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٨٠ ص ٥٤٢، والمراجع المشار إليها فى هامش ٤.

الثانى فإن الحائز يعد مالكاً للعقار قبل تبين مصير الشرط، فيكون له بالتالى الحق فى التطهير، فإذا تخلف الشرط تأكد الملك وبقى التطهير سليماً.

أما اذا تحقق الشرط الفاسخ زال عنه الملك بأثر رجعى، وكان مقتضى ذلك زوال التطهير لأنه يعتبر من قام به كان غير مالك. وبالتالى لم يكن حائزا وقت التطهير. غير أن بعض الفقهاء رأى أنه يجب أن يبقى التطهير نافذا بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ، على أساس أن التطهير عمل مادى لايؤثر فيه الفسخ [1]. وقد أيد المشرع هذا الاتجاه بنصه فى المادة ١٠٨٣ مدنى على أنه «اذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار».

ويجوز التطهير لمن انتقل اليه حق الرقبة أو حق الانتفاع مرهونا فاذا عرض حائز حق الرقبة أو حق الانتفاع قيمة حقه، فانه يترتب على التطهير تخليص الحق المرهون. وعلى ذلك فاذا كان حق الانتفاع هو الذى انتقل إلى الحائز، وحصل تطهيره، فان حق الدائنين المقيدة حقوقهم يبقى على الرقبة، ولكن عند انتهاء حق الانتفاع (بانتهاء أجله أو بوفاة المنتفع) يعود حقهم عليه من جديد، اذ أن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع باعتباره من ملحقات العقار المرهون، ويحق للدائن المرتهن عندئذ أن ينفذ على الملكية كاملة. وهذه نتيجة يحتمها التطبيق القانونى، وان ترتب عليها افادة الدائنين المرتهنين مرتين من حق المنفعة [2]. أما اذا كانت ملكية الرقبة هى التى انتقلت إلى الحائز وقام هذا الأخير بتطهيرها، فان حق الانتفاع وحده هو الذى يظل محملا بالرهن، فاذا انقضى هذا الحق وعادت المنفعة إلى مالك الرقبة، فالأصل فيها أنها تعود محررة من الرهن، لأن الرهن يزول بزوال موضوعه، وقد انقضى حق الانتفاع [3].

---

(١) محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١٥٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢٠ ص ٤٣٤، والمراجع المشار اليها فى هامش ٢.

(٣) محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ٢٢٤، ٢٢٥، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢٠، ص ٤٣٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧ ص ١٤٠، السنهورى، المرجع السابق فقرة ٢٨٣ ص ٥٤٥، وانظر عكس ذلك، عبد المنعم البدرارى، المرجع السابق، فقرة ١٤٣ ص ١٩٩، وخاصة هامش ١.

ويجب أن يكون الحائز قد سجل السند الذى بمقتضاه انتقلت الملكية أو الحق العينى، وقد اشترطت المادة ١٠٦٤ مدنى لمباشر حق التطهير أن يكون قد سجل سند بنصها على أن:

١-«يجوز للحائز اذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند». والغرض من ذلك هو تحديد الحقوق التى يجب تطهيرها. اذ بعد تسجيل سند الحائز لايمكن أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذا فى حق الحائز. كما يجب أن يكون تسجيل سند الحائز حاصلا قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، لأن الحائز لو تلقى حقه بعد تسجيل التنبيه فانه لاينفذ في حق الدائنين المقيدين، بل ولافى حق الدائنين العاديين المباشرين للتنفيذ. أما اذا كان سند الحائز غير قابل للتسجيل، بأن كان واقعة مادية لاعملا قانونيا، فانه لايشترط فى هذه الحالة التسجيل امكان القيام به [(١)] ويجوز للحائز أن يباشره حقه فى التطهير، ومثال ذلك أن يتملك الحائز العقار المرهون بالتقادم، فانه يستطيع أن يلجأ إلى تطهير العقار دون أن يسجل شيئا، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل [(٢)].

٩٩- (ثانيا) اجراءات التطهير - عرض التطهير وآثاره:

وقبل أن نبين اجراءات التطهير يجب أن نشير إلى الوقت الذى يجوز فيه طلب التطهير. ثم بعد ذلك نبين كيف يتم التطهير وخاصة فيما يتعلق بالعرض وبياناته وأثره.

١٠٠-(١) الوقت الذي يجوز فيه طلب التطهير:

فبعد أن بين المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدنى من له حق

---

(١) انظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٥٩ ص ٢٥٤ هامش ١، وأيضا محمد كامل مرسى المرجع السابق، فقرة ١٦٠ ص ٢٢٩، ٣٣٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١١٨، وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢٠ ص ٤٣٥، ٤٣٦، وشمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١١٥ ص ٣٤٥ هامش ١، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٦٧ ص ٣٠٤، أحمد سلامة. المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، السنهورى المرجع السابق، فقرة ٢٨٤ ص ٥٤٦

تطهير العقار قد نص فى الفقرة الثانية على أنه «للحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع».

وعلى ذلك فان للحائز أن يطلب تطهير العقار ابتداء من الوقت الذى يصبح فيه حائزا بصرف النظر عن حلول أو عدم حلول آجال الديون المقيدة التى يضمنها العقار المرهون ودون انتظار لشروع أحد الدائنين فى اجراءات التنفيذ، أى حتى ولو قبل أن يوجه الدائن التنبيه إلى المدين أو الانذار بالدفع والتخلية إلى الحائز.

ويبقى حق الحائز فى التطهير قائما حتى يوم ايداع قائمة شروط البيع حتى يصبح العقار معدا للبيع بالمزاد، والحكمة من عدم استعمال الحائز حقه فى التطهير بعد ايداع قائمة الشروط، أنه اذا راغب فى عرض قيمة العقار على الدائنين فى هذا الوقت فما عليه الا أن يتقدم بها فى المزاد مزايداً.

١٠١-(٢) كيف يتم التطهير:

اذا رغب الحائز فى تطهير العقار، فعليه أن يعرض على الدائنين المقيدة حقوقهم قبل أن يكتسب صفة الحائز، وفى الوقت المناسب، قيمة العقار التى يقدرها بصرف النظر عن الثمن الذى اشترى به ان كان مشتريا، بشرط الا يقل مايعرضه عما بقى فى ذمته من ثمن العقار اذا كان قد اكتسبه بالبيع، ويظهر استعداده للوفاء فى الحال بالديون المقيدة فى حدود القيمة التى يعرضها:

١٠٢-(أ) العرض:

ويكون العرض للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار قبل أن يكسب حقه، وهم أصحاب الرهون رسمية كانت أو حيازية وأصحاب حقوق الاختصاص وأصحاب حقوق الامتياز المقيدة.

ويكون العرض بأن يوجه الحائز إلى هؤلاء الدائنين اعلانات رسمية

على يد محضر فى موطنهم أو فى موطنهم المختارة المذكورة فى القيد، فاذا لم يعين أحدهم موطنا مختارا أصبح اعلانه فى قلم كتاب المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار. ولاينتج هذا الاعلان أثره الا بالنسبة لمن وجه اليه، فمن لم يوجه اليه اعلان من الدائنين يبقى حقه فى التتبع قائما، لكن هذا لايحول دون قبوله لاجراءات التطهير واشتراكه فى التوزيع حسب مرتبته اذا ماوجد فى ذلك مصلحته.

١٠٣-(ب) البيانات الواجب أن يشتمل عليها الاعلان وجزاء تخلفها:

يجب أن تشمل الاعلانات التى يوجهها الحائز إلى الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار قبل أن يكسب حقه على بيانات نصت عليها المادة ١٠٦٥ مدنى على النحو التالى:

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخ واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة. واذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وماعسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن.

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل.

(جـ) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة العقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية، ولايقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بيعا. واذا كانت اجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حده.

(د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز وتشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين».

والغرض الذى استهدفه المشرع من وراء ذكر هذه البيانات فى هذا الاعلان هو احاطة الدائنون علما بأن من يعرض عليهم قيمة العقار قد انتقلت اليه ملكية العقار الذى اكتسب عليه حق أو أى حق عينى يجعله حائزا

مما يخوله فى اجراء التطهير، وأن يعرف كل منهم الثمن الذى بيع به العقار حتى يتبين ما اذا كانت القيمة المعروضة مناسبة أم لا، وأن يعرف مابقى فى ذمة الحائز من الثمن حتى يستوثق من أن القيمة المعروضة ليست أقل من هذا الباقى كما اشترط المشرع، وأن يعرف كل منهم مايثقل العقارمن حقوق مقيدة نافذة فى حق الحائز ومرتبه كل حق منها حتى يستطيع أن يقدر مايناله عند توزيع القيمة المعروضة وبالتالى يمكنه أن يقدر ما اذا كان من مصلحته قبول العرض أو رفضه.

ويستفاد من هذا النص أن الحائز يعرض فى الاعلان المبلغ الذى يقدره لقيمة العقار بصرف النظر عما اذا كان قد تلقى الملكية بمقابل أوبدون مقابل، وسواء كان المقابل أكبر أو أقل من قيمة العقار وقت العرض، وسواء دفع المقابل كله أو بعضه أو لم يدفع منه شيئا. ولكن يلاحظ أن من مصلحة الحائز أن يعرض مبلغ يقارب قيمة العقار الحقيقية حتى يتفادى رفض أى من الدائنين لهذا العرض وطرح العقار بالتالى للبيع فى المزاد.

ويلاحظ أن المشرع قد أورد قيدين على المبلغ الذى يعرضه الحائز قيمة للعقار فى المادة ١٠٦٥ مدنى. فقد أوجب أولا، فى حالة ما اذا كان الحائز قد تلقى العقار بعقد بيع، ألا يقل المبلغ الذى يعرضه عن الباقى فى ذمته من ثمن العقار، وثانيا الا يقل المبلغ المعروض عن «السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية». وقد أوضحت المذكرة الايضاحية ذلك بقولها «وهذا الأساس هو الضريبة إلى تدفع عن العقار» [١] والمقصود بذلك بطبيعة الحال هو تقدير الثمن على أساس الضريبة وليس الضريبة فى ذاتها هى الثمن. ويبدو أن واضع التقنين المدنى قد اعتمدوا عند وضع هذا الشرط على أن قانون المرافعات سيتضمن طريقة تحديد الثمن فى حالة نزع الملكية، ولكن قانون المرافعات الملغى لم يتضمن أى قاعدة فى شأن هذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ١١٩.

التحديد. وقد اختلف الفقه فى تحديد هذا الأساس [1]. وقد جاء قانون المرافعات الجديدة بنص المادة ٤١٤ ليحسم هذا الخلاف. وقد نصت هذه المادة فى البند الرابع على أن «يكون تحديد هذا الثمن وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧». والمادة ٣٧ مرافعات خاصة بقواعد تقدير قيمة الدعوى. وهى تنص فى فقرتها الأولى على أن «الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار، يكون تقدير هذه القيمة خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه اذا كان العقار مبنيا، فاذا كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل لقيمة الضريبة الأصلية. فاذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته»[2]. وعلى ذلك لم يترك المشرع أمر تحديد قيمة العقار المرهون للحائز ولا لارادة مباشر الاجراءات.

واذا كان حائز حق الانتفاع. هو الذى يعرض التطهير، أو حائز حق الرقبة هو الذى يعرضه فان الأساس الذى يقدر عليه أى من الحقين قد جاء فى المادة ٢/٣٧ بقولها «أن تقدر قيمة حق الانتفاع أو الرقبة باعتبار نصف قيمة العقار».

واذا تلقى الحائز ملكية عقار، كأرض زراعية مثلا، وكان مثقلا فى عدة أجزاء منه بعدة رهون مختلفة، وجب أن يعرض تقديرا لقيمة كل جزء من هذه الأجزاء على حدة (م ١٠٦٥/ج مدنى) وذلك لتمكين كل دائن من أن يتخذ موقفه الخاص فيما يتعلق بدينه.

ويجب على الحائز أن يذكر فى الاعلان أنه مستعد أن يوفى الديون

---

(١) ذهب البعض إلى أن هذا الشرط يظل معطلا إلى أن يتدخل المشرع بتحديد هذا السعر، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢٧ ص ٤٤٢، شمس الوكيل، المرجع السابق، الفقرة ١١٥ ص ٣٥٠، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ٣٥٥، ٣٥٦. وذهب البعض الآخر إلى الاستعانة بالمادة ٣٠ من قانون المرافعات الملغى والخاصة بتقدير قيمة الدعوى، سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ١٦٤، ص ٢٦٢، ٢٦٣، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٢٥٠ ص ٢٧٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٤٥.

(٢) طبقاً لآخر تعديلات لهذه المادة.

المقيدة، إلى القدر الذى قوم به العقار، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا، بل ينحصر العرض فى اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال، أيا كان ميعاد الديون المقيدة (م ١٠٦٦ مدنى) وعلى ذلك فان الحائز لايلتزم بعرض القيمة عرضا حقيقيا، بل يكفى أن يظهر استعداده للدفع حالا، أيا كان استحقاق الديون المقيدة، فاذا أظهر هذا الاستعداد، أصبح ملتزما بالبقاء على ماعرضه، ومصدر التزامه هو ارادته المنفردة [1].

ولم تبين المادة ١٠٦٥ مدنى الجزاء الذى يترتب على اغفال بيان من البيانات أو الخطأ فيه. ويذهب غالبية الفقهاء، وهذا مانؤيده، إلى القياس على حكم المادة ٤١ من قانون الشهر العقارى والخاص باغفال بيان أو أكثر من البيانات التى يجب أن تتضمنها قائمة القيد، فلايترتب على اغفال بيان أو الخطأ فيه بطلان العرض الا اذا نشأ عن ذلك ضرر لأحد الدائنين وبقدر هذا الضرر، فاذا ذكر فى الاعلان الموجه إلى أحد الدائنين قيمة أكبر مما يقصده الحائز كان لهذا الدائن أن يتمسك بهذه القيمة، واذا أغفل الحائز ذكر حق من الحقوق التى تم قيدها على العقار اعتمادا على عدم وجود هذا الحق قدر الدائن التالى فى المرتبة أن القيمة المعروضة تكفى لأن يستوفى منها حقه فقبل العرض، كان العرض بالنسبة له باطلا وبالتالى لاينتج إثراً [2].

واذا أبطل العرض بالنسبة لأحد الدائنين بطلت اجراءات التطهير بالنسبة له وحده. ويبقى حقه فى التنفيذ على العقار قائما الا اذا أعاد الحائز العرض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١١٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٦، محمد على امام المرجع السابق، فقرة ٣٥٢ ص ٣٧٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٤٥، ١٤٦، أحمد سلامة ، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤٧ ص ٢٠٥، ٢٠٦ بينما يذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين البيان الجوهرى والبيان غير الجوهرى، انظر محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١٦١ ص ٢٣٧، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٦٥ ص ٢٦٤، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩ ص ٥٥٣، ٥٥٤.

عليه باعلان صحيح فى الوقت الذى يجوز فيه ذلك أى قبل ايداع قائمة شروط البيع.

١٠٤ - (جـ) أثر العرض:

يترتب على العرض أثران، أحدهما خاص بالحائز، والثانى خاص بالدائنين المقيدين الذين وجه اليهم العرض.

فبالنسبة للحائز الذى عرض قيمة العقار، فانه يلتزم بالبقاء على عرضه طوال المدة التى يجيز فيها المشرع للدائنين أن يقبلوا العرض خلالها أو يرفضوه، وهذه المدة حدتها لمادة ١٠٦٧ مدنى بثلاثين يوما من آخر اعلان رسمى، يضاف إليها مواعيد المسافة التى لاتزيد على ثلاثين يوما أخرى. وأساس التزام الحائز بالبقاء على عرضه هو الارادة المنفردة.

أما بالنسبة للدائنين الذين وجه اليهم العرض، فيثبت لكل منهم الخيار بين قبول العرض أو رفضه.

فاذا قبلو جميعا القيمة التى عرضها الحائز، صراحة أو ضمنا، وتكون لهم مصلحة فى قبول العرض اذا كان المبلغ المعروض عليهم يفى بديونهم جميعا أو كان يبلغ مقداره حدا لاينتظر أن يتعداه الثمن الذى يمكن أن يسفر عنه طرح العقار للبيع فى المزاد، فان الحائز يصبح ملتزما التزاما شخصيا فى مواجهة الدائنين بالمبلغ الذى عرضه، وهذا الالتزام يمكن أن ينفذ فى جميع أمواله وليس فى العقار المرهون فقط. كما أن العقار لايتطهر مما عليه من حقوق مقيدة الا اذا دفع الحائز المبلغ الذى عرضه للدائنين أو أودعه خزانة المحكمة. وقد نصت على ذلك المادة ١٠٧٠ بقولها «اذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد، اذ هو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه أو اذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة».

لكن لكل من الدائنين المقيدة حقوقهم ولكل كفيل كفل حقا مقيدا نافذا فى حق الحائز أن يرفض العرض. وحق الرفض يثبت لكل دائن مقيد اذا كان حقه نافذاً فى مواجهة الحائز ايا كانت مرتبة رهنه، أى لو كان من غير المحتمل أن يحصل على شيء عند بيع العقار. وكذلك يثبت الحق لكل من كفل حقا من هذه الحقوق لأن من مصلحة الكفيل أن يستوفى الدائن كل حقه أو أكبر قدر ممكن من حقه حتى لايرجع عليه ولهذا يكون له مصلحة فى رفض العرض اذا قدر أن القيمة التى عرضها الحائز أقل مما يحتمل أن يباع به العقار.

ويكن رفض عرض الحائز بطلب بيع العقار من جانب الدائن المقيد حقه أو الكفيل أو ممكن يوكله فى ذلك وكالة خاصة فى خلال ثلاثين يوما من آخر اعلان رسمى، يضاف اليها مواعيد المسافة مابين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوما أخرى (م ١٠٦٧ مدنى) وطلب بيع العقار يكون باعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق وموقعا من الطالب أو من يوكله فى ذلك وكالة خاصة (م ١٠٦٨). والغرض من اعلان الحائز بطلب البيع هو تبليغه رفض الطالب للتطهير بالقيمة التى عرضها الحائز. أما الغرض من اعلان المالك السابق هو اتاحة الفرصة له ليعلم أن العقار سيباع بالمزاد فقد يعمل على تفادى البيع بأن يفى بالدين ليتخلص من دعوى الضمان التى يرجع بها الحائز عليه اذا ماخرج العقار من يده. ولكن المشرع لم يكتف بهذا الاعلان وانما الزم طالب البيع بايداع مبلغ كاف لتغطية مصروفات البيع بالمزاد (م ١٠٦٨). والحكمة من ذلك عدم السماح لأى دائن أو كفيل بطلب البيع بدون ترو، اذا يترتب على هذا الالتزام أن أحد لايطلب البيع الا اذا ترجح لديه أن القيمة التى عرضها الحائز أقل مما يساويه العقار اذ لو لم يرسى المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز فيتحمل هو مصروفات البيع باعتباره أنه السبب فى يانفاقها. ويكون الطلب باطلا اذا لم يستوف هذه الشروط (م ١٠٦٨مدنى).

ويترتب على طلب البيع من أحد الدائنين أو من أحد الكفلاء تعلق حق الدائنين الآخرين والكفلاء به، اذ قد يكون أحدهم راغبا فى طلب البيع ولم يمنعه من الطلب الا أنه وجد غيره قد طلبه، ولهذا نص المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٨ على أنه «ولايجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه الا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء».

فاذا ماطلب البيع وكان الطلب صحيحا، وجب طرح العقار فى المزاد وفقا للاجراءات المقررة فى قانون المرافعات للبيوع الجبرية. ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل من طالب أو حائز، وعلى من يباشر الاجراءات أن يذكر فى اعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار (م ١٠٦٩/١ مدنى).

ويجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة فيما عدا الراهن أو المدين ان كان غير الراهن ومن كان ممنوعا بنص القانون من الدخول فيها (كالقضاة وأعوانهم). وعلى ذلك فيجوز أن يتقدم للمزايدة كل من الحائز نفسه والدائن طالب البيع وغيره من الدائنين المقيدين والدائنين العاديين وأى شخص أجنبى. ولكن بالنسبة للحائز يجب ألا يعرض فى العقار المبيع ثمنا أقل من الباقى فى ذمته (م ١٠٧٤ مدنى).

ويلاحظ أنه يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ماصرف فى الاجراءات من وقت انذاره ويبقى حقه قائما إلى يوم رسو المزاد (م ١٠٦١ مدنى) ويترتب على ذلك وقف اجراءات التنفيذ اذ لايكون للدائنين المقيدين مصلحة فى الاستمرار فيها ماداموا قد استوفوا حقوقهم.

فاذا ماسرت الاجراءات إلى نهاية المطاف فانه قد يرسو المزاد على الحائز أو على غيره.

فاذا رسا المزاد على الحائز التزم بالثمن الذى رسا به المزاد وبمصاريف البيع على أن يرد إلى الطالب المبلغ الذى دفعه عند الطلب. ويحتفظ الحائز

الراسى عليه المزاد بملكتيه بمقتضى سند هذه الملكية الأصلى (م ١٠٧٥ مدنى) ويتطهر العقار من كل حق مقيد اذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المازد أو أودعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٥مدنى) وبالتأشير بالحكم فى هامش تسجيل سند الجائر وفى هامش تسجيل انذاره (م ٤٤٨مرافعات) (م ٤٥٠ مرافعات).

اذا رسا المزاد على غير الحائز، سواء كان أحد الدائنين أو شخصا أجنبيا، التزم الراسى عليه المزاد، وفقا لنص المادة ٢/١٠٦٩، أن يرد إلى الجائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته، وفى تسجيل هذا السند، وفيما قام به من الاعلانات، وذلك إلى جانب التزامه بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير. وهو يرد إلى طالب البيع ماسبق أن عجله لذلك، اذا كان الثمن الذى رسا به المزاد أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز (م ١/١٠٦٨مدنى).

ويتلقى الراسى عليه المزاد حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد (م ١٠٧٦مدنى) ويتطهر العقار مما عليه من حقوق مقيدة بايداع الراسى عليه المزاد الثمن، أودفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن (م ١٠٨٤مدنى) وبتسجيل الحكم (م ٤٥٠مرافعات).

١٠٥- (ثالثا): آثار التطهير ومصروفاته:

سبق أن رأينا أن اجراءات التطهير قد تؤدى اما إلى بقاء العقار فى يد الحائز، أو إلى انتقاله منه إلى الغير والعقار يبقى فى يد الحائز اذا قبل الدائنون المقيدون صراحة أو ضمنا القيمة التى عرضها للعقار، أو اذا طرح العقار للبيع بالمزاد نتيجة لرفض أحد الدائنين أو الكفلاء للعرض بطلبه البيع، ورسا المزاد على الحائز. وينتقل العقار إلى يد غير الحائز، اذا رفض عرضه وطرح العقار للبيع فى المزاد ورسا مزاده على الغير.

وفى جميع الحالات فان العقار يتحرر من الحقوق المقيدة عليه، وهذه

الحقوق هى الرهون، رسمية كانت أم حيازية، وحقوق الاختصاص، وحقوق الامتياز الخاصة (١٠٧٠ مدنى والمادة ١٠٧٥ مدنى، و٤٥٠ مرافعات).

ويترتب على التطهير تحرير العقار من هذه الحقوق المقيدة، سواء كانت ضامنة لديون حل أجلها أو لم يحل أجلها بعد، وسواء كان أصحابها قد استوفوها كاملة أو لم يستوفوا الا بعضا منها أو لم يستوفوا منها شيئا. ويظل بطبيعة الحال لهؤلاء الذين بقى لهم من ديونهم شيء حق الرجوع بما بقى على المدين.

ويلزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته، وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد والمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير (م ١٠٦٩/٢).

أما فى حالة احتفاظ الحائز بالعقار المرهون فانه يتحمل مصروفات اعلانات التطهير، ويكون له الحق فى الرجوع بها على من تلقى الملكية منه على أساس الضمان، اذا كان سند ملكيته يعطيه الرجوع بالضمان عليه، وذلك بأن كان قد تلقى العقار بمقابل ولم يتفق على تحمله مصروفات التطهير [١].

٣- تخلية العقار المرهون

التخلية هى الوسيلة الأخيرة التى خولها القانون للحائز، ولكنها وسيلة تختلف فى هدفها واجراءتها عن الوسائل السابقة. فما هو المقصود بالتخلية وأهميتها ثم ماهى الاجراءات الواجب اتباعها وفى النهاية ماهو أثرها.

(أ) المقصود بالتخلية وأهميتها

ويقصد بتخلية العقار المرهون رفع الحائز يده عن العقار وتركه لحارس

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٣٨ ص ٤٥٤، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٣٦٩، ٣٧٠، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٥٧ ص ٣١٦، ٣١٧.

أو لأمين تعينه المحكمة وتتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية. فالتخلية عبارة عن وسيلة قانونية يتخلص بمقتضاها الحائز من مباشرة الاجراءات فى مواجهته. وعلى ذلك فهى لاتمنع التتبع ولاتعطله وانما تهدف إلى مباشرة الاجراءات فى مواجهة الحارس أو الأمين حتى لايظهر اسم الحائز فى هذه الاجراءات. على أن التخلية لاتمس لابملكية الحائز ولابحيازته القانونية.

وهذه التخلية رخصة للحائز ويستعملها اذا قدر أن التجائه إلى وسيلة قضاء الديون أو التطهير غير مجد وأن من مصلحته أن يتم التنفيذ على العقار بنزع ملكيته، الا أنه يحرص فى ذات الوقت على ألا يظهر اسمه فى اجراءات نزع الملكية. وهو قد يهدف من وراء ذلك إلى المحافظة على سمعته المالية والائتمانية أو على الأقل التخلص من عبء مسئولية ادارة العقار ومشغولية تتبع اجراءات نزع الملكية وهى عادة طويلة.

(ب) أحكام التخلية

ونقصد بذلك الأشخاص الذين يجوز لهم حق التخلية، واجراءات التخلية ثم بعد ذلك مايترتب عليها من آثار.

١٠٦-(أولا): من يجوز له التخلية:

وتكون التخلية للحائز دون غيره بشرط ألا يكون مسئولا عن الدين. وعلى ذلك فلايجوز التخلية للمدين أو للكفيل الشخصى أو للمدين المتضامن الذى اشترى العقار المرهون. كما أنه من الوقت الذى يصبح فيه الحائز مسئولا عن الدين يمتنع عليه الالتجاء إلى التخلية. وقد يصبح الحائز مسئولا عن الدين أما بمقتضى نص فى القانون أو بمقتضى الاتفاق.

فاذا كان الحائز ملزما بنص القانون بأن يفى الدين للدائنين المرتهنين اذا طلبوا ذلك، طبقا لنص المادة ١٠٦٣[١]، فانه لايجوز له أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية عن العقار (م ١٠٦٣/٣).

---

(١) وهى الحالات التى يجبر فيها الحائز على قضاء الديون، أنظر فقرة ٨٨ ص ١٣٩.

كذلك يمتنع على الحائز التخلية اذا قام بعرض قيمة العقار على الدائنين بقصد تطهيره وقبل هذا العرض صراحة أو ضمنا. لأنه يكون ملتزما شخصيا فى مواجهة الدائنين بالوفاء بهذه القيمة التى عرضها.

اذا كان الأصل أن التخلية لاتكون الا للحائز غير المسئول شخصيا عن الدين، الا أن القانون أجاز التخلية للكفيل العينى أيضا رغم أنه لايعتبر حائزا بالمعنى القانونى وعلى ذلك فقد نصت المادة ١٠٥١/٢ بقولها «أنه اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، جاز له أن يتفادى أى اجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار» . فالكفيل العينى يجوز له التخلية. ويتبع فى مواجهته نفس الاجراءات التى تتبع فى مواجهة المدين لاالاجراءات التنفيذ التى تتبع فى حالة ما اذا كان العقار فى يد حائز.

١٠٧-(ثانيا): اجراءات التخلية:

فقبل أن يقوم الحائز بالتخلية يجب أن نعرف الوقت الذى يجوز له فيه ذلك ثم نعرف كيف تتم التخلية.

١٠٨-(١) - الوقت الذى تجوز فيه التخلية:

لم يرد نص يحدد فيه الوقت الذى يجوز فيه للحائز مباشرة حق التخلية. ومع ذلك فاذا كان الغرض من التخلية هو منع اجراء التنفيذ فى مواجهته أو عدم ظهور اسمه فيه. فان ذلك يستتبع ثبوت الحق له فى التخلية منذ ابتداء أحد الدائنين فى مباشرة اجراءات نزع الملكية. لكن إلى أى وقت يثبت له الحق فى ذلك؟ يذهب الفقه الغالب إلى أن الحائز يجوز له التخلية إلى أن يتم رسو المزاد[1]، وان كان من النادر عملا أن تحصل التخلية بعد أن تسير

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٤٢ ص ٤٥٦ ، ٤٥٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٥٢، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٣٦٠، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ١٦٠ ص ٢١٩، مجمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٧٩ ص ٣٢٠، ومع ذلك قارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٧ ص ٣٧٨، ٣٧٩. اذ يرى أن المعقول الا يكون للحائز أن يتخلى الا إلى وقت ايداع قائمة شروط البيع.

اجراءات نزع الملكية مرحلة كبيرة اذ أن الحائز الذى يحرص على عدم ظهور اسمه فى اجراءات نزع الملكية يبادر منذ البداية بالتخلى عن العقار فيحقق الغرض الذى يهدف إليه.

١٠٩- (٢) كيف تتم التخلية:

تكون التخلية وفقا لنص المادة ١٠٧١ مدنى، بتقرير يقدمه الحائز (أو الكفيل العينى) إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، أى المحكمة التى يقع فى دائرة اختصاصها على العقار، ويجب على الطالب التأشير بذلك على هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها (م ١٠٧١ مدنى).

فاذا لم تستوف هذه الاجراءات كانت التخلية باطلة فلايترتب عليها أثرها ويجوز للدائن مباشرة الاجراءات فى مواجهة الحائز.

أما اذا تمت هذه الاجراءات صحيحة، أصبح من غير الجائز مباشرة الاجراءات أو الاستمرار فيها فى مواجهة الحائز. وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٧١ مدنى على أنه لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية – ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك، واذا كان من النادر عملا أن يطلب الحائز تعيينه حارسا لأنه مالجأ إلى التخلية الا لرغبته فى عدم ظهور اسمه والتخلص من مسئولية ادارة العقار. ومع ذلك فان هذا لايمنع من أن يطلب الحائز التخلية ثم يطلب تعيينه حارسا لأن ظهور اسمه فى الاجراءات بوصفه حارسا لايسيء إلى سمعته المالية وحتى يظل قائما على ادارة العقار بنفسه.

ويجوز لكل من له مصلحة أن يعارض فى التخلية لعدم توافر شروطها، وبصفة خاصة اذا كان الحائز ملتزما شخصيا بالدين.

١١٠-(ثالثا) أثر التخلية:

لايترتب على التخلية منع أو تعطيل حق التتبع الذى يباشره الدائن

المرتهن، وانما يقتصر أثرها فقط على امتناع مباشرة اجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز وان كان يمكن مباشرتها فى مواجهة الحارس الذى يتولى فى نفس الوقت ادارة العقار. كما أنه لايترتب على التخلية أى مساس بملكية الحائز أو بحيازته القانونية، وانما يقتصر أثرها على نزول الحائز عن الحيازة العارضة. ولذلك يكفى للتقرير بالتخلية أن تتوافر أهلية الادارة.

ويترتب على بقاء الحائز مالكا للعقار أن يكون له فى أى وقت إلى حين رسو المزاد الحق فى وقف اجراءات نزع الملكية بأن يفى بالديون المقيدة والمصروفات التى انفقت فى الاجراءات. واذا بيع العقار وبقى من الثمن شىء بعد التوزيع فيكون الباقى للحائز.

٤- تحمل اجراءات نزع الملكية

بعد أن تتبعنا كيفية مباشرة حق التتبع ثم موقف الحائز فى مواجهته هذه الاجراءات وكيف أنه يبدأ بأن يتمسك بكل الأوجه التى من شأنها انكار حق الدائن فى تتبع العقار، سواء ماكان منها مبنيا على الطعن فى صحة الرهن أو نفاذه، أو فى وجود الدين المضمون بالرهن ثم بعد ذلك الوسائل القانونية التى يملكها الحائز من قضاء الديون للدائنين المقيدة حقوقهم واستيفاء العقار بين يديه وأن يستعمل هذه المكنة إلى وقت رسو المزاد (م ١٠٦١ مدنى) وقد يلجأ الحائز إلى اجراءا التطهير بعرض قيمة العقار على هؤلاء الدائنين وقد يقبل هذا العرض فيبقى العقار بين يديه مطهرا من الحقوق المقيدة عليه، وقد يرفض فيطرح فى المزاد وفقا لاجراءات البيع الجبرى. ويكون للحائز أن يتقدم فى المزايدة وقد يرسى عليه المزاد أيضا ويستبقى العقار مطهرا من كل الحقوق. وقد لايكون الحائز راغبا فى استبقاء العقار، لكن لايريد فى نفس الوقت أن يباشر الاجراءات ضده، فيتخلى عن حيازته لحارس تتخذ فى مواجهته هذه الاجراءات. وأخيراً قد لايرى الحائز غضاضة فى أن تتخذ الاجراءات فى مواجهته، فيتحمل اجراءات التنفيذ بصفته حائزا.

فاجراءات نزع الملكية بما تفضى اليه من بيع العقار بالمزاد قد تكون على إثر رفض عرض التطهير، أو التخلية، أو تحمل الحائز نفسه لها. وفى كل هذه الحالات يحق للحائز استبقاء ملكية العقار وذلك بالتقدم فى المزاد. وقد نصت المادة ١٠٧٤ مدنى على أنه «يحق للحائز أن يدخل فى المزاد على شرط الا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه». وقد واجهت المادة ١٠٧٥ مدنى الفرض الذى يرسو فيه المزاد على الحائز عقب نزع الملكية بعد اتخاذ اجراءات التطهير أو التخلية. لكن قد يرسو المزاد على شخص غير الحائز.

ولذلك فيجب أن ندرس حالة ما اذا رسا المزاد على الحائز، ثم حالة ما اذا رسا المزاد على غير الحائز ثم أخيرا ندرس رجوع الحائز على غيره.

١١١- (أ) رسو المزاد على الحائز:

قد سبق أن رأينا أن الحائز يجوز له أن يشترك فى المزاد بشرط الا يعرض ثمنا أقل من الباقض فى ذمته من ثمن العقار (م ١٠٧٤ مدنى). وقد تنتهى الاجراءات برسو المزاد عليه.

ويترتب على ذلك أن الحائز يعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى (م ١٠٧٥). وحكم مرسى المزاد لايكون الا مقررا لانتقال الملكية إلى الحائز بمقتضى سنده الأصلى، كعقد البيع مثلا. وعلى ذلك فانه لايلزم أن يسجل الحائز حكم رسو المزاد حتى تثبت ملكية العقار. وإنما يكفى أن يؤشر به على هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا وهامش تسجيل اندارا لحائز (م ٤٤٨ مرافعات)

وحيث أن حائز العقار هو مالكه بالرغم من اتخاذ اجراءات نزع الملكية، فانه يترتب على ذلك اذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ماهو مستحق

للدائنين المقيدة حقوهم كانت الزيادة للحائز (م ١٠٧٧ مدنى) بينما اذا قل الثمن رسا به المزاد عن الثمن الذى اشترى به الحائز فان هذا الأخير يظل ملتزما قبل البائع له بالثمن الأصلى (أو الفرق بين الثمنين).

كما أن جميع الحقوق العينية التى قررها الحائز فى الفترة ما بين اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأصلى وبين ايقاع البيع بعد المزاد عليه تبقى صحيحة ونافذة، فإذا كان الحائز قد قرر فى هذه الفترة حق ارتفاق أو حق انتفاع بقى هذا الحق على العقار، وكذلك يسرى الرهن الذى اكتسبه أحد دائنيه، وللدائن المرتهن أن يستوفى دينه مما يبقى من ثمن العقار بعد استيفاء الديون المقيدة قبل انتقال العقار الى الحائز.

ويترتب على رسو المزاد على الحائز أن يتطهر العقار من الحقوق المقيدة التى كانت مقررة على العقار عند انتقال الملكية اليه، اذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٥ مدنى). إلا أنه يشترط لكى يتم تطهير العقار من هذه الحقوق أن تكون اجراءات التنفيذ قد تمت صحيحة بالنسبة لاصحابها وفقا لما يقضى به قانون المرافعات. فاذا اعتبرت الاجراءات باطلة فى حقه كان له أن يتتبع العقار فى يد الحائز ويقوم بالتنفيذ عليه.

١١٢- (ب) رسو المزاد على غير الحائز:

اذا رسا المزاد على غير الحائز وسجل الحكم انتقلت الملكية إلى الراسى عليه المزاد من وقت هذا التسجيل، والذى يجب أن يتم فى خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره، على أن الحكم المسجل هو الذى يكون سندا بملكية من أوقع البيع عليه. مع العلم بأن هذا الحكم لا ينقل الى من رسا عليه المزاد الا ما كان للمدين أو الحائز أو الكفيل العينى من حقوق فى العقار المبيع (١٠٧٦ مدنى و م ٤٧٧ مرافعات)

ونخلص من ذلك أن الراسى عليه المزاد يعتبر خلفا خاصاً للحائز، وأن بائع العقار هو الحائز والذى تنتقل منه الملكية إلى الراسى عليه المزاد،

ومعنى هذا أن رسو المزاد لا يترتب عليه فسخ سند ملكية الحائز بل هو يظل مالكا حتى رسو المزاد وتسجيل الحكم، وان كان الحجز على العقار يقيد من سلطات الحائز لصالح الدائنين الحاجزين.

ويترتب على أن الحائز هو الذى ينقل الملكية الى الراسى عليه المزاد، وأن سند الحائز لا يفسخ، أنه اذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المفيدة حقوقهم قبل اكتساب الحائز صفته والدائنين المقيدة حقوقهم ضد الحائز نفسه كانت هذه الزيادة للحائز (م ١٠٧٧ مدنى). كما أن علاقة الحائز بسلفه لا تتأثر بزيادة الثمن الذى رسا به المزاد أو نقصانه، وإنما يبقى ملزما بالثمن المتفق عليه فى العقد دون زيادة أو نقصان. كما أن الحقوق التى رتبها الحائز نفسه فهى تقع صحيحة لأنها صادرة من المالك ولكنها لا تضر بالدائنين المقيدين قبل تسجيل سنده.

ويترتب على زوال ملكية العقار عن الحائز وانتقالها الى الراسى عليه المزاد أن تعود الى الوجود الحقوق العينية التى كانت مقررة له على العقار قبل أن يكتسب ملكيته (م ١٠٧٨ مدنى). ومعنى ذلك أنه قد يكون للحائز المنزوعة ملكيته حقوق ارتفاق أو حقوق عينية أخرى أو رهون على العقار المباع بالمزاد قبل أن يدخل فى ملكيته، ثم انقضت هذه الحقوق باتحاد الذمة. فاذا ما نزعت ملكية العقار من الحائز عادت هذه الحقوق من جديد، وخصوصا وأن هذه الحقوق كانت تثقل العقار قبل أن تنشأ حقوق الدائنين المرتهنين. فامتلاك الحائز للعقار لا يجوز أن يترتب عليه تحسين مركزهم والا أثروا على حسابه بدون سبب.

لكن يجب أن يلاحظ بالنسبة للحقوق العينية التبعية. أن عودة هذه الحقوق الى الحائز لا يعنى أن العقار ينتقل إلى الراسى عليه المزاد محملا بهذا الحق. لأن رسو المزاد يطهر العقار من الحقوق العينية التبعية، وإنما تعنى أن يكون للحائز أن يستوفى الدين الذى يضمنه هذا الحق حسب مرتبته التى تقررت له بالقيد، وبشرط أن يكون قد احتفظ بهذه المرتبة عن طريق تجديد القيد.

ويترتب على حكم مرسى المزاد وتسجيله تطهير العقار من جميع الحقوق المقيدة التى تثقله، أى أن ملكية العقار تنتقل إلى ا لراسى عليه المزاد خالية من جميع هذه الحقوق، وينقضى حق التتبع، ولا يبقى لأصحابها الا ميزة التقدم فى استيفاء حقوقهم من ثمن العقار المبيع كل منهم حسب مرتبته، فاذا لم يف المبلغ بحقوق جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة فإن المتأخرين منهم لا يحصلون على شئ من ثمن العقار، ومع ذلك فأن حقوقهم على العقار تنقضى كما تنقضى حقوق من استوفى منهم دينه، ولا يكون لهؤلاء الا الرجوع لاستعمال حقوقهم الشخصية قبل المدين الأصلى. وقد ورد الأثر التطهيرى فى المادة ١٠٧٥ و ١٠٨٤ مدنى وكذلك فى المادة ٤٥٠ مرافعات.

لكن يجب أن نعرف مدى هذا التطهير، أى الحقوق التى يطهر منها العقار ولشروط هذا التطهير.

١١٣- (أولا) مدي التطهير، أي الحقوق التي يطهر منها العقار:

يجب أن نشير منذ البداية أن التطهير لا يرد على الحقوق العينية الأصلية. فالعقار ينتقل مثقلا بهذه الحقوق الى الراسى عليه المزاد، فهذه الحقوق متى كانت نافذة فى حق الدائنين المرتهنين تكون نافذة فى حق الراسى عليه المزاد، وهى تكون كذلك متى كانت قد اكتسبت قبل قيد الرهن.

ويقتصر آثر التطهير على الحقوق العينية التبعية. ويشمل هذا التطهير كل الحقوق العينية التبعية المقررة على العقار، سواء تقررت بحكم القانون، كحقوق الامتياز، أو بحكم القضاء كحق الاختصاص، أو بالاتفاق كعقد الرهن الرسمى والرهن الحيازى، ونلاحظ أن نصوص القانون المدنى لم تذكر الرهن الحيازى من بين الحقوق العينية التبعية التى يتم تطهير العقار منها فى حالة البيع الجبرى، (م ١٠٧٥، ١٠٨٤) حتى المادة ١١١٣ مدنى التى عددت أسباب انقضاء الرهن الحيازى لم تذكر البيع الجبرى بينها، إلا أن

قانون المرافعات السابق والحالى، وهما لاحقين على صدور ا لقانون المدنى، قد ورد فى نصوصهما أن التطهير المترتب على حكم رسو المزاد يشمل الرهن الحيازى (م ٤٥٠ مرافعات) وعلى ذلك فأنه من المسلم به الآن أن التطهير يشمل الرهن الحيازى.

ولا يقتصر أثر حكم ايقاع البيع على تطهير العقار من الحقوق المقيدة على اسم المالك الأصلى فقط، بل يشمل أيضا الحقوق المقيدة على اسم الحائز، فالملكية تنتقل الى الراسى عليه المزاد خالية من جميع الحقوق العينية التبعية المقيدة على العقار.

١١٤- (ثانيا) شروط تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية المقيدة:

ويشترط لكى يكون للحكم بايقاع البيع، رسو ا لمزاد، أثره من حيث تطهير العقار من هذه الحقوق:

١– أن يكون العقار المنزوعة ملكيته مملوكاً للحائز الذى اتخذت فى مواجهته اجراءات نزع الملكية، فإذا كان مملوكا لغيره فان الملكية لا تنتقل الى الراسى عليه المزاد، ولا يطهر العقار.

٢– أن يسجل حكم مرسى المزاد، وهذا الحكم واجب التسجيل طبقاً لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى حتى ينتقل الملكية الى الراسى عليه المزاد، والتطهير إنما يتم عند انتقال الملكية وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٥٠ مرافعات.

٣– أن يكون أصحاب الحقوق التى يرد عليها التطهير قد أخبروا بايداع قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسة البيع (م ٤٥٠ مرافعات) اذ بغير هذا الاخطار لا يستطيع هؤلاء الاشراف على البيع واجراءاته، وأعطى قانون المرافقات سلطة كبيرة لقاضى التنفيذ للتحقق من ذلك من تلقاء نفسه (م ٤٣٥ مرافعات).

لكن هل يشترط لتمام التطهير، فضلا عن تسجيل حكم ايقاع البيع، أن يقوم الراسى عليه المزاد بدفع الثمن؟ والسبب فى هذا التساؤل أن قانون

المرافعات السابق لم يكن يشترط للحكم بايقاع البيع أن يكون الراسى عليه قد دفع الثمن بالفعل فى حين أن القانون المدنى قد نص على أن التطهير لا يتم الا اذا دفع الراسى عليه المزاد الثمن أو أودعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٥ و ١٠٨٤ مدنى) وقد ذهبت غالبية الفقهاء الى اشتراط دفع الثمن حتى يتم التطهير، ولم تكتف بتسجيل الحكم.

ولم يعد لهذا التساؤل محل فى ظل قانون المرافعات الجديدة لأنه جعل من ايداع الثمن بالكامل شرطا للحكم بإيقاع البيع على الراسى عليه المزاد، ولم يجز أن تشتمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك (م ٤٤٠ مرافعات). فلم يعد متصوراً أن يصدر حكم ايقاع البيع ويسجل دون أن يكون الثمن والمصاريف ورسوم التسجيل قد دفعت بالفعل، وعلى ذلك فان تسجيل الحكم بايقاع البيع يترتب عليه تطهير العقار من الحقوق المقيدة.

١١٥- (جـ) علاقات الحائز بعد رسو المزاد مع غيره :

قد سبق أن رأينا أن حكم رسو المزاد يترتب عليه نقل الملكية من الحائز الى الراسى عليه المزاد مطهرة من الحقوق المقيدة عليها. وقد درسنا فى هذا الصدد علاقة الحائز بالراسى عليه المزاد.

والآن نود أن ندرس علاقة الحائز بطائفة أخرى من الأشخاص هم :

١- الدائنين المرتهنين.

٢- المالك السابق،

٣- المدين.

٤- الحائزين الآخرين.

٥- الكفيل.

١١٦- (١) علاقة الحائز بالدائنين المرتهنين :

قد قلنا أن رسو المزاد يترتب عليه تطهير العقار من حقوق الدائنين ويستوفون حقوقهم من الثمن. على أن مازاد من الثمن فانه يكون من حق

الحائز باعتباره مالكا للعقار المبيع (م ١٠٧٧ مدنى)، أما اذا كان الثمن غير كاف للوفاء بالديون لجميع الدائنين المقيدة حقوقهم، فانه تظهر أهمية الحاق الثمار بالعقار والتزام الحائز بالمحافظة عليه.

ففيما يتعلق بالثمار رأينا من قبل أن المادة ١٠٧٩ تنص على أنه «على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية، فاذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه اليه انذار جديد» (م ٤١١ مرافعات) فاذا كانت الثمار بحسب الأصل للحائز إلا أنها تلحق بالعقار وتدخل فيما يشمله الرهن من وقت انذاره بالدفع أو التخلية. فعلية أن يردها لتوفى منها حقوق الدائنين مع الثمن كل بحسب مرتبته. على أن المشرع قد رتب على ترك الاجراءات مدة ثلاث سنوات أن تصبح الثمار التى الحقت بالعقار على إثر الانذار حقا خالصا للحائز لا تتعلق بها حقوق الدائنين، ولابد لالحاق الثمار بعد ذلك بالعقار من انذار جديد ويكون الالحاق بالنسبة للثمار التى ينتجها العقار من وقت هذا الانذار.

أما بالنسبة لالتزام الحائز فى المحافظة على العقار، فقد رأينا من قبل أن من حق كل دائن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصاً كبيراً كما هو الحال لو كان العقار فى يد الراهن، «ويكون الحائز مسئولا شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه» (م ١٠٨١ مدنى). وعلى ذلك فاذا كان العقار قد تلف، فيكون لكل دائن لم يستوف كامل حقه من الثمن أن يرجع على الحائز فى كل أمواله بالفرق بين ما حصل عليه وما كان يحصل عليه لو أن العقار لم يتلف بسبب خطأ الحائز وبيع بثمن أكبر مما رسا به المزاد. أما اذا كان التلف بغير خطأ الحائز فلا يسأل عنه.

ويقابل مسئوية الحائز عن الثمار والتلف حقه فى أن يسترد ما أنفقه من مصروفات، فى التحسينات التى أدخلها على العقار المرهون بعد تملكه اياه محملاً بالرهن. لأن هذه التسحينات قد زادت من قيمة العقار، وتمثل جزءا من الثمن الراسى به المزاد، فيكون له الحق فى المطالبة بما انفقه فيها، والا

كان فى ذلك اثراء للدائنين المرتهنين على حسابه، أما مدى ما يسترده الحائز فأنه يقتصر على المصروفات الضرورية، ويسترد من المصروفات النافعة مقدار ما ترتب علهيا من زيادة فى قيمة العقار المرهون، أى أقل القيمتين مما أنفق ومازاد فى القيمة، فاذا كان المزاد قد رسا على الغير كان للحائز أن يطالب بحقه من الثمن الذى رسا به لمزاد، ويكون دينه ممتازا ويتقدم على أى دين غيره، بل أن له الحق فى أن يحبس العقار حتى يستوفى ما يستحقه، واذا رسا المزاد على الحائز نفسه كان له أن يخصم قيمة المصروفات التى يستحقها من ثمن المزاد الذى يلتزم بدفعه الى الدئنين: أما المصاريف الكمالية فلا يحق للحائز استردادها.

ويحق للحائز أيضا أن يقتضى من الثمن الذى رسا به المزاد ما أنفقه من مصاريف رسمية بسبب تحمله اجراءات نزع الملكية للعقار المرهون، لأنه ليس من العدل تحميله بهذه المصاريف، بل يجب أن يتحملها الدائنون عن طريق اقتطاعها من الثمن الراسى به المزاد قبل توزيع الثمن عليهم (م ١٩٦٥/٣ مدنى) وهذا النص قد جاء بحكمه بصدد نزع الملكية على إثر رفض عرض التطهير، ومع ذلك فأنه يجب تطبيق حكمه فى جميع الأحوال التى تنزع فيها ملكية الحائز لاتحاد العلة. وقد خولت المادة ٤٣٤ مرافعات قاضى التنفيذ فى تقدير مصاريف اجراءات التنفيذ على أن يعلن هذا التقدير فى جلسة البيع قبل افتتاح المزايدة ويذكر فى حكم ايقاع البيع.

١١٧- (٢) علاقة الحائز بالمالك السابق :

يرجع الحائز الذى نزعت ملكيته على المالك السابق بدعوى الضمان اذا كان سنده يخوله هذا الحق، وفى حدوده (م ١٠٨٠ مدنى). فاذا كان الحائز قد تملك بمقابل كان له أى يرجع على سالفة بضمن الاستحقاق طبقا للقواعد المبينة فى القانون المدنى بخصوص عقد البيع (م ٤٤٢ و ٤٤٤ مدنى).

فاذا كان الحائز قد تلقى الملكية تبرعا، فانه ليس له أى رجوع على سلفه ما لم تكن الهبة بعوض. وفى هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، أو اذا كان الواهب قد تعمد اخفاء سبب

الاستحقاق (م ٤٩٤ مدنى) وقد نصت المادة ٣/٤٩٩ على أنه «اذا كان الشى الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر، فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك».

١١٨- (٣) علاقة الحائز بالمدين :

يكون للحائز فى كل الأحوال الرجوع على المدين الذى قضت ديونه من ثمن بيع عقار الحائز. ويكون رجوعه على المدين على أساس الاثراء بلا سبب بقدر ما انقضى من الديون زائدا على ما فى ذمة الحائز لهذا المدين ان كان له فى ذمته شئ (م ٢/١٠٨٠ مدنى).

وللحائز أن يرجع على المدين أيضا بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ويما يكفل هذه الحقوق من تأمينات أخرى يكون المدين قدمها لهم على أموال غير العقار المبيع، ولو كانت هذه التأمينات على عقارات انتقلت فيما بعد الى حائزين آخرين. على أن هذا الحلول لا يمتد الى التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين (كالكفيل الشخصى والكفيل العينى). وقد سبق أن درسنا هذا عند قضاء الديون بالتفصيل فنكتفى هنا بهذا القدر.

على أنه ما يجدر ملاحظته هو أنه قد يكون المدين هو المالك السابق، وهذا هو الأمر الغالب، فيكون الحائز مخيرا بين الرجوع عليه على أساس ضمان الاستحقاق، أو أن يطالبه بالدين بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول محل الدائنين.

١١٩- (٤) علاقة الحائز بغيره من الحائزين :

فاذا تعدد الحائزون لعقارات ضامنة لنفس الدين، ويحدث ذلك عندما يكون عدة عقارات مرهونة من أجل دين واحد وانتقلت ملكيتها الى عدة أشخاص. فاذا اختار الدائن التنفيذ على أحدها كان لحائزه أن يرجع على حائزى العقارات الأخرى بالحلول محل الدائن بنسبة قيمة العقار الذى يحوزه

كل منهم الى مجموع العقارات الضامنة لذات الدين. وذلك طبقا لنص المادة ٣٣١ مدنى وقد عرضنا لهذا الموضوع فيما سبق.

١٢٠- (٥) العلاقة بين الحائز والكفيل :

الفرض أن الدين الذى نفذ على عقار الحائز من أجله أو الذى وفاه الحائز. كان مضموناً أيضا بكفالة عينية أو شخصية. والتساؤل الآن هل يجوز للحائز أن يرجع على الكفيل؟ واذا ما قام الكفيل بوفاء دين الحائز، هل يجوز للكفيل الرجوع على الحائز الذى لم تنزع ملكيته ؟.

بالنسبة الى التساؤل الأول قد جاء نص فى القانون المدنى ليضع الحكم فى هذه الحالة. فقد نصت المادة ٧٩١ من القانون المدنى على أن «اذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين» وعلى ذلك فاذا توافرت شروط هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد فأنه لا يجوز للحائز أن يرجع على الكفيل. وذلك لأنه اذا قدمت الكفالة بعد الرهن أو فى وقت واحد معه، فأن الكفيل يكون قد اعتمد عند تقديم كفالته على رهن العقار الذى آلت ملكيته فيما بعد للحائز، فيجب أن يترتب على استيفاء الدائن حقه من ثمن هذا العقار براءة ذمة الكفيل. لأنه لا يجوز أن يترتب على انتقال ملكية العقار الى الحائز تسوئ مركزه،

بل أن المشرع لم يكتف بهذا فقد قرر أنه حتى فى الحالة التى لا تكون فيها الكفالة سابقة أو معاصرة للرهن لا يكون للحائز رجوع على الكفيل بما وفاه وقد نص فى المادة ١٠٦١ وفى المادة ١٠٨٠/٢ على أن الحائز لا يحل محل الدائن فيما أوفاه له فى تلك التأمينات التى قدمها غير المدين.

ونخلص مما سبق أن الحائز لا يكون له اذا نزعت ملكيته أو وفى الدين رجوع على الكفيل الشخصى أو العينى، بل بالعكس يكون لهذا اذا وفى الدين حق الرجوع على الحائز[1].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١١٧، ص ١٨٨، ١٨٩، وفقرة ٣٦٣ ص ٤٧٦-٤٧٧.

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن الرسمي، شأنه في ذلك شأن جميع الحقوق العينية التبعية، أما بطريقة تبعية أى تبعا لانقضاء الدين المضمون، وإما بطريقة أصلية، أى بصفة مستقلة عن انقضاء هذا الالتزام الأصلي.

أولا : انقضاء الرهن تبعا لأنقضاء الالتزام المضمون

الرهن حق تابع لا يمكن أن يوجد مستقلا بذاته، بل لابد أن يرتكز على التزام صحيح ليقوم على ضمان الوفاء به، فاذا انقضى الالتزام المضمون بأى سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء أو المقاصة، أو اتحاد الذمة أو الابراء أو التجديد، أو مضى المدة استتبع ذلك بالحتم انقضاء الرهن.

لكن حيث أنه يحكم الرهن مبدأ عدم التجزئة، فأنه يترتب على ذلك اذا انقضى جزء من الالتزام المضمون فأن الرهن يبقى قائما ضامنا لما تبقى من هذا الالتزام. وعلى ذلك فأنه يلزم لكى ينقضى الرهن بالتبعية أن ينقضى الالتزام المضمون بتمامه.

واذا زال السبب الذى ترتب عليه انقضاء الالتزام المضمون، كان أبطل الوفاء به لحصوله بشئ غير مملوك للموفى، أو أبطل الابراء منه لصدوره عن غير ذى أهلية، اعتبر هذا الانقضاء كأن لم يكن، ومن ثم يعود الالتزام مضمونا بالرهن، ومع ذلك فأن تطبيق هذه القاعدة يجب الا يضر بالغير حسن النية وعلى ذلك فاذا كسب شخص بحسن نية، أى لا يعلم بالعيب الذى يشوب سبب إنقضاء الرهن، حقا على العقار، كأن اشتراه أو ارتهنه، وكان ذلك خلال الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته، وجب احترام هذا الحق وذلك بتقرير عدم نفاذ الرهن فى مواجهة صاحبه.

وقد جاءت المادة ١٠٨٢ مدنى متضمنة هذه الأحكام وذلك بنصها على أنه «ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته».

ثانياً : انقضاء الرهن بصفة أصلية

وينقضى الرهن بصفة مستقلة، أى مع بقاء الالتزام المضمون به، بكل سبب يمسه فى ذاته ويترتب عليه زواله. ويكون ذلك فى الأحوال الآتية :

١٢١- (١) النزول عن الرهن :

ويجب أن نشير منذ البداية أن النزول عن الرهن يختلف عن النزول عن مرتبة الرهن. فالنزول عن المرتبة لا يؤثر لا فى الحق المضمون ولا فى حق الرهن ذاته. فيبقى الالتزام المضمون ويبقى الرهن كل ما هنالك أن الدائن المرتهن يفقد مرتبه وتقدمه على غيره، ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن يقوم الدائن بإجراء قيد جديد تتحدد مرتبته به من يوم اجرائه. أما النزول عن الرهن فهو نزول عن الحق ذاته، ومن ثم فأن الحق فى الرهن لا يمكن أن يعود إلا بإنشاء رهن جديد بعقد جديد.

وينقضى الرهن بنزول المرتهن عنه، ويكفى لذلك توافر رضاء المرتهن، لأنه لا يلزم، للنزول عن الحق العينى، الا ارادة صاحبه، لكن يجب أن يتوافر أهلية التصرف فى الحق المضمون به، فإذا كان النزول عن الرهن بغير مقابل، وجب أن تتوافر فى المرتهن أهلية الابراء من الدين، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ١١١٣ مدنى والخاصة بالرهن الحيازى، ولا يشترط للنزول عن الرهن الرسمى توافر شكل خاص، فيصح حصوله بورقة عرفية. لكن يلاحظ أنه يلزم لمحو القيد، بناء على هذا النزول، صدور حكم نهائى أو رضاء المرتهن الثابت بتقرير رسمى (م ٤٥ من قانون الشهر العقارى)،

١٢٢- (٢) انقضاء الرهن باتحاد الذمة :

ينقضى الرهن باتحاد الذمة، كما اذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى

المرتهن أو انتقل الى مالك العقار حق الرهن الرسمى. على أنه يلاحظ أنه قد يكون للمالك مصلحة فى أن يحتفظ بالرهن الذى له على العقار الذى آلت اليه ملكيته، وذلك حيث يكون على العقار دائنون مرتهنون آخرون، اذ تكون للمرتهن عندئذ مصلحة فى أن يستبقى الرهن ليحتج به على هؤلاء اذا استعملوا حقهم على العقار ونفذوا عليه. ولذلك يجب عليه لكى يحافظ على مرتبة الرهن أن يقوم بتجديد قيده.

١٢٣- (٣) هلاك العقار أو زوال الحق المرهون :

اذا هلك العقار المرهون، انقضى الرهن لزوال محله، لكن يجب لكى ينقضى الرهن فى هذه الحالة، أن يكون الهلاك تاما، أى شاملا لكل العقار المرهون، أما اذا كان الهلاك جزئياً، انقضى الرهن بالنسبة الى الجزء الهالك، وبقى على الجزء الباقى، ويكون ضامنا لكل الحق المضمون طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن.

وقد سبق أن تعرضنا لدراسة هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ الراهن، وكيف أن المشرع أعطى الخيار للدائن المرتهن بين أن يقتضى تأمينا جديداً كافياً، أو أن يستوفى حقه فورا لسقوط الأجل (م ١٠٤٨/١ مدنى) بينما اذا كان الهلاك أو التلف راجعا الى سبب أجنبى كان الخيار للمدين (م ١٠٤٨/٢ مدنى).

وقد سبق أن رأينا أيضا أنه «اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة» (م ١٠٤٩ مدنى).

ويأخذ حكم حالة الهلاك بالنسبة للعقار المرهون انقضاء الحق المرهون، كما اذا رهن المنتفع حقه، ثم انقضى هذا الحق بموت المنتفع أو بحلول الأجل، كما اذا رهن المستأجر البناء الذى أقامه على الأرض المؤجرة بترخيص من المالك ثم انقضت ملكية المستأجر لهذا البناء نتيجة تطبيق أحكام الالتصاق (م ١٠٣٨ مدنى).

١٢٤ - (٤) تطهير العقار :

ينقض الرهن نتيجة اتباع اجراءات التطهير، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار (م ١٠٨٣ مدنى) . والتطهير ينهى الرهن ولو لم يترتب عليهِ استيفاء المرتهن الا بعض حقه، بل حتى لو لم يستوف منه شيئا، وكل ما يلزم هو أن توجه اجراءات التطهير للمرتهن كما سبق أن رأينا،

١٢٥ - (٥) انقضاء الرهن بالبيع الجبري :

فقد نصت المادة ١٠٨٤ مدنى على أنه «اذا بيع العقار المرهون بيعا حبريا بالمزاد سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم اليه العقار عند التخلية، فأن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بايداع الثمن الذى رسما به المزاد، أو بدفعه الى الدائنين المقيدين الذى تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوفهم من هذا الثمن» .

وقد سبق أن رأينا أنه يترتب على الحكم بايقاع البيع فى حالة اتخاذ اجراءات نزع الملكية، سواء اتخذت ضد الراهن نفسه أو ضد الحائز، وسواء جرى ذلك بعد رفض عرض التطهير، أو بعد تخلية الحائز للعقار، أو عندما يختار تحمل اجراءات نزع الملكية، تطهير العقار من الرهون والحقوق المقيدة، ويترتب هذا الأثر بمجرد تسجيل حكم ايقاع البيع.

١٢٦ - (٦) هل ينقضي الرهن بالتقادم ؟

المبدأ العام أن انقضاء الحق المضمون بالرهن بالتقادم المسقط يستتبع بالحتم انقضاء الرهن. لكن هل يمكن أن ينقضى حق الرهن ذاته ومستقلا عن الدين بالتقادم المسقط ولو بقى الدين قائم.

يجب أن نشير منذ البداية أن الرهن ذاته لا يمكن أن ينقضى بالتقادم مادام العقار المرهون فى يد الراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى، فما دام الالتزام قائما يظل الرهن باقياً.

لكن اثير التساؤل فى حالة ما اذا انتقل العقار الى حائز، فهل يمكن أن ينقضى الرهن عندئذ مستقلا عن الدين الأصلى القائم فى ذمة المدين؟

والسبب فى هذا التساؤل هو أنه من المتصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم، ذلك أن الحائز لم يكفل الدين. فيمكن القول بسقوط دعوى الرهن اذا لم يرفعها الدائن المرتهن على الحائز خلال مدة التقادم، وقد ورد نص المادة ٣/٢١٨٠ من التقنين الفرنسى فى هذا الخصوص، وقد كان هذا النص محل نقد شديد من الفقه، واختلف الفقهاء فى طبيعة هذا التقادم وأساسه.

ولم يرد فى القانون المدنى المصرى القديم نص يقابل المداة ٣/٢١٨٠ من التقنين الفرنسى، وقد كان الرأى الراجح فى الفقه والقضاء هو أن الرهن الرسمى لا ينقضى بمضى المدة مستقلا عن الالتزام المضمون[1].

وقد تضمن مشروع القانون الجديد نصا يقضى بأنه لا ينقضى الرهن الرسمى مستقلا عن الدين المضمون. وفى الفقرة الثانية قرر أنه اذا انتقل العقار المرهون الى حائز، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم، اذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها، وينقطع التقادم بانذار الحائز بالدفع أو التخلية، واقترح خذف الفقرة الثانية من هذه المادة بسبب ما وجه الى مثيلتها فى القانون الفرنسى من نقد شديد، ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الأخذ بهذا الاقتراح، وأن الأخذ به يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بفقرتيها اكتفاء بالقواعد العامة.

يجمع الفقه حاليا على عدم سقوط الرهن بالتقادم مستقلا عن الالتزام المضمون. سواء كان العقار فى يد الراهن نفسه أو انتقل الى الحائز[2].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٧٦، ص ٤٩٠.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٣٩٧، ص ٦٥٩،



الباب الثاني
حق الاختصاص

١٢٧ - تعريف:

لم يأت المشرع بنص يعرف فيه حق الاختصاص. ولكن مع ذلك يمكن من استقراء الاحكام الواردة فى هذا الخصوص ان نستنتج هذا التعريف. فحق الاختصاص هو حق عينى تبعى، يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لذلك العقار فى أى يد يكون.

وكما هو واضح فان حق الاختصاص يتفق مع حق الرهن الرسمى فى طبيعته، حق عينى تبعى، وفى محله، لا يرد إلا على العقار، وفى آثاره، إذ يعطى للدائن ميزتى التقدم والتتبع. لكن وجه الاختلاف ينحصر فى مصدره، فمصدر حق الرهن الرسمى هو العقد، بينما مصدر حق الاختصاص هو أمر القاضى.

١٢٨ - تقدير نظام الاختصاص:

وحيث أن حق الاختصاص يعطى للدائن حق عينى على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، فإنه بذلك يؤمنه خطر التصرفات الصادرة من المدين بعد الحصول على الحكم بالزامه بالدين وتقرير حق الاختصاص، ولذلك فان الدائن قد لا يتعجل التنفيذ وبهذا تتحقق مصلحة المدين فى الاحتفاظ بأمواله حتى يتمكن من الوفاء.

ولكن يعاب على حق الاختصاص بأنه يؤدى إلى تفضيل الدائن على غيره من الدائنين لا لشئ إلا لأنه كان سباقاً فى الحصول على حكم، فى الوقت الذى يكون فيه تأخر الدائنين الآخرين فى الحصول على حكم راجعاً

الى اسباب لا دخل لارادتهم فيهـا. ثم أن الرغبة فى الحصول على حق الاختصاص تجعل الدائنين يتسابقون فى رفع الدعاوى على المدين مما يترتب عليه ازدحام المحاكم بقضايا لا مبرر لها، وبالتالى اثقال كاهل القضاه وزيادة المصروفات.

١٢٩- خطة البحث:

قد وردت احكام الاختصاص فى التقنين المدنى فى المواد من ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥ وذلك فى فصلين، الأول فى انشاء حق الاختصاص والثانى فى آثاره وانقاصه وانقضائه، وهذه هى الخطة التى نتبعها فى دراستنا.

الفصل الأول

انشاء حق الاختصاص

وقد سبق أن رأينا فى تعريف حق الاختصاص بأن الدائن يتحصل عليه بمقتضى حكم واجب التنفيذ، وأنه يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ولكن ليس للدائن أن يأخذ هذا الحق فى أى وقت يشاء. كما أن هناك ايضاً اجراءات يجب على الدائن اتباعها حتى يحصل على حق الاختصاص وأيضاً حتى يجعله نافذاً فى حق الغير. وعلى ذلك نعرض أولاً للشروط الواجب توافرها للحصول على حق الاختصاص ثم بعد ذلك نعرض للاجراءات الواجب اتباعها لتقرير حق الاختصاص.

المبحث الأول

شروط الحصول علي حق الاختصاص

كما هو من العرض السابق ان هناك شروط خاصة بالحكم الذى يؤخذ بمقتضاه حق الاختصاص وشروط خاصة بالدائن المحكوم له. وشروط خاصة بالأموال التى يتقرر عليها حق الاختصاص وأخيراً هناك وقت معين يجوز فيه أخذ حق الاختصاص.

أولاً: الشروط الخاصة بالحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه:

تنص المادة ١٠٨٥ مدنى على أنه:

١- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل متى كان الدائن حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات.

وعلى ذلك فإنه يشترط فى الحكم الذى يجوز اخذ الاختصاص بمقتضاه ما يلى:

١٣٠- (١): يجب أن يكون حكماً قضائياً:

يتقرر حق الاختصاص ألا بناء على حق ثابت بحكم قضائى أى قرار

صادر من جهة ذات ولاية قضائية بموجب مالها من ولاية قضائية. وعلى ذلك فإن العقد الرسمى لا يصلح أن يتقرر بموجبه حق اختصاص وأن كان سنداً صالحاً للتنفيذ كما أنه لا يجوز أخذ اختصاص بناء على ما تصدره المحاكم من أوامر ولائية كالأوامر على العرائض.

لكن يستوى أن يكون الحكم القضائى صادر من محكمة مدنية أو تجارية أو من محكمة جنائية.

ويجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم (١٠٨٧ مدنى) وفى هذه الحالة رغم أن الحكم الذى يثبت صلحاً يتراوح بين الحكم والسند الرسمى الا أن المشرع رأى أن يقطع الشك فى هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجارياً فى ذلك القضاء المصرى فى ظل التقنين المدنى السابق[١]. ويصدق ما قيل عن الصلح على أى حكم آخر يصدر بناء على اتفاق الخصوم أمام القضاء كالحكم المثبت لاتفاق على قسمة تم بين الشركاء أمام المحكمة.

وقد أجازت المادة ١٠٨٦ مدنى أخذ اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة اجنبية بشرط أن يصبح هذا الحكم واجب التنفيذ، أى بعد الأمر بتنفيذه من المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى، وفقاً للاجراءات المبينة فى قانون المرافعات (المواد من ٢٩٦ إلى ٢٩٨).

وأخيراً قد أجازت المادة ١٠٨٦ أيضاً أخذ اختصاص بناء على حكم المحكم وذلك بشرط أن يصبح هذا الحكم واجب التنفيذ. وهو يكون كذلك: اذا كان صادراً فى بلد أجنبى، فإنه يجب اتباع الاجراءات الخاصة بالاحكام الاجنبية وبشرط أن يكون صادراً فى مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً للقانون المصرى (م ٢٩٩ مرافعات) أما إذا كان صادر فى مصر فان المادة ٥٠٩ مرافعات قد بينت هذه الاجراءات.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٦٣.

١٣١-(٢)؛ يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ:

ويكون الحكم واجب التنفيذ فى حالتين:

١- اذا كان الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به، وهو الحكم الانتهائى غير القابل للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة، بأن كان حضورياً غير قابل للاستئناف أو كان غيابياً وكان الطعن فيه بالمعارضة غير جائز أو أصبح كذلك لفوات الميعاد. ويجوز أيضاً تنفيذ الحكم الابتدائى الذى سقط حق الطعن فيه بالاستئناف. أما اذا كان الحكم قابلاً للطعن بطريق غير عادى بأن كان قابلاً للطعن فيه بالنقض أو بالتماس اعادة النظر فان هذا لا يمنع من تنفيذه وأخذ الاختصاص بناء عليه. لكن يترتب على الطعن فى الحكم وقبوله زوال أثر التنفيذ وبالتالى ينقضى حق الاختصاص.

٢- اذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل ولو لم يتوافر له قوة الأمر المقضى به (راجع المواد ٢٨٧ - ٢٩٥ مرافعات) وعلى ذلك فانه يجوز أخذ حق اختصاص بناء على الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، ويكون مصير هذا الحق مرتبطاً بمصير الحكم - فإذا ألغى هذا الحكم من محكمة المعارضة أو المحكمة الاستئنافية امتنع المضى فى تنفيذه، ويسقط ما يكون قد تم من اجراءات بناء عليه، وينقضى بالتالى حق الاختصاص الذى أخذه الدائن.

١٣٢- (٣)؛ يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوي وملزماً للمدين بأداء شئ معين:

ويترتب على أن يكون الحكم الذى يؤخذ الاختصاص بمقتضاه صادراً فى موضوع الدعوى استبعاد الاحكام المتعلقة بسير الدعوى أو باجراءات الاثبات كالاحكام التحضيرية أو التمهيدية الصادرة بتعيين حارس أو بالاحالة على التحقيق أو بندب خبير أو باجراء معاينة أو بتوجيه اليمين. وذلك لأن كل هذه الاحكام غير صادرة فى موضوع الدعوى. والأصل ايضاً أن الاحكام الوقتية لا يؤخذ بها اختصاص. لكن اذا تضمنت الزام المحكوم عليه بمبلغ معين، فانه يمكن فى هذه الحالة اخذ حق اختصاص. كالحكم الصادر بفرض نفقة مؤقتة.

ويترتب على أن يكون الحكم الذى يؤخذ الاختصاص بمقتضاه صادراً فى الدعوى وملزماً للمدين بأداء شىء معين إستبعاد الاحكام الصادرة بالفصل فى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى والاحكام الصادرة برفض دفع أو طلب كل ذلك ما لم تكن قضت بالمصروفات، فعندئذ يجوز أخذ الاختصاص ضماناً لتنفيذ الحكم فيما قضى به من مصروفات. كما يستبعد أيضاً الحكم الصادر بصحة التوقيع، وهو الحكم الصادر بصحة نسبة المحرر مادياً لمن صدر منه وحمل توقيعه، وهو يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع المتعاقد أمامه على العقد (وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨٧ مدنى).

وطالما أن الحكم كان ملزماً للمدين بأداء شئ معين فانه يمكن أن يؤخذ بمقتضاه حق الاختصاص، ويستوى أن يكون هذا الأداء بدفع مبلغ من النقود، وهذا هو الغالب، أو يكون بعمل أو بامتناع عن عمل. وفى هذه الحالة الأخيرة يتولى رئيس المحكمة الذى يصدر الأمر بتوقيع الاختصاص تعيين مقداره أى الحد الأقصى للمبلغ الذى يؤخذ به الاختصاص (م ١٠٨٩ / ٢). ومن الاحكام الصادرة بالزام المدين بأداء معين الحكم بتقديم حساب. وهو يصلح بالتالى سنداً لتقرير حق الاختصاص. ويترتب على هذا الاختصاص ضمان تنفيذ المحكوم عليه لتنفيذ الحكم، أى لما عسى أن يحكم عليه من تعويض فى حالة امتناعه عن تقديم الحساب ولكن هذا لا يتجاوزه إلى ضمان الالتزام بدفع صافى الحساب، لأن هذا الالتزام الأخير مغاير فى محله للالتزام المحكوم به، ومن ثم لا يضمنه حق الاختصاص، ولابد من تقرير اختصاص جديد بمقتضى هذا الحكم.

ثانيا: الأموال التي يتقرر عليها حق الاختصاص:

ويظهر من نص المادة ١٠٨٥ مدنى أن حق الاختصاص لا يتقرر الا على عقار ،.... على حق اختصاص بعقارات مدينة ...، شأنه فى هذا شأن

الرهن الرسمى. ومع ذلك فقد جاء نص المادة ١٠٨٨ صريحاً وقاطعاً فى ذلك بقوله «لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى».

ونخلص من ذلك أن المال الذى يؤخذ عليه الاختصاص يجب أن يكون:

١- عقاراً معيناً.

٢- مملوكاً للمدين.

٣- جائزاً بيعه بالمزاد العلنى.

وعلى ذلك فان حق الاختصاص لا يؤخذ الا على عقار أو عقارات معينة. وكما فى الرهن الرسمى يجب أن تكون هذه العقارات معينة تعييناً دقيقاً وقد أوجبت المادة ١٠٨٩ مدنى أن يشمل عريضة طلب الاختصاص تعييناً دقيقاً للعقارات المراد تقرير حق الاختصاص عليها. وكذلك استلزمت المادة ١٠٩٥ تعيين هذا العقار تعييناً دقيقاً فى قائمة القيد.

ويترتب على نقض البيان الخاص بالعقار أو عدم دقتها بطلان الاختصاص وبطلان القيد اذا ادى هذا النقص أو عدم الدقة الى الاضرار بالغير.

ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين، واذا كان المشرع ينص على أنه يجب أن يكون العقار مملوكاً «وقت قيد هذا الحق» فالنص فى هذا معيب إذ لا يمكن أن تتطلب فى أخذ حق الاختصاص شرطاً لا يمكن التحقق من وجوده أو عدم وجوده إلا فى وقت لاحق. وذلك أن قيد الاختصاص قد يتأخر عن وقت صدور الأمر به. ومن المسلم أنه يشترط أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدور الأمر به، وأن تستمر ملكية المدين إلى وقت القيد. وتسرى على حق الاختصاص الأحكام التى سبقت دراستها فيما يتعلق برهن المبانى المقامة على أرض الغير (م ١٠٣٨ مدنى) ورهن العقار المملوك على الشيوع (م ١٠٣٩ مدنى) ورهن المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى (م ١٠٣٤ مدنى).

ويشترط أن يكون العقارات المأخوذ عليها الاختصاص جائزاً بيعها بالمزاد العلني، أو بعبارة أخرى يجب أن تكون من العقارات الجائز رهنها رسمياً. وعلى ذلك فلا يجوز أخذ حق اختصاص على عقار موقوف أو على حق استعمال أو حق سكني.

ثالثاً: يجب أن يكون الدائن المحكوم له حسن النية:

يستطيع أى دائن أن يتحصل على حق اختصاص على عقارات مدينة أياً كان مصدر دينه، فيستوى أن يكون ناشئاً عن عمل قانونى أو فعل ضار أو فعل نافع أو نص القانون. وأياً كان محله مبلغاً من النقود، أو عملاً، أو امتناعاً عن عمل، وفى هذه الحالة الأخيرة يضمن الاختصاص ما يستحقه الدائن عن تعويض بسبب اخلال المدين بالتزامه، وطالما ان حق الدائن ثابتاً بمقتضى حكم قضائى متوافرة فيه الشروط السابق ذكرها.

لكن يشترط فى الدائن طالب الاختصاص، طبقاً لنص المادة ١٠٨٥ مدنى، أن يكون حسن النية. ويقصد باشتراط حسن نية الدائن أن يكون جاهلاً تعلق حق الغير بعقارات المدين التى يريد أن يأخذ عليها اختصاصاً حتى ولو كان حق هذا الغير لم يصبح بعد نافذاً فى مواجهة الغير لعدم شهره. فلو باع المدين عقاراً له، ثم أخذ الدائن حق الاختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع، فان هذا الحق لا ينفذ فى حق المشترى[1].

وفيما قرره المشرع بخصوص حق الاختصاص يعتبر خروجاً على القواعد المقررة فى المفاضلة بين الحقوق العينية العقارية بسبق الشهر عن طريق التسجيل أو القيد، بصرف النظر عن علم من شهر حقه بسبق تصرف المالك أو عدم علمه، أى بصرف النظر عن حسن نيته أو سوئها. وهذا الخروج يبرره رغبة المشرع فى الحد من اطلاق المزايا التى يخولها حق

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٦٤.

الاختصاص، وهو حق يتقرر على الرغم من ارادة المدين وخروجاً على الأصل الذى يفرض المساواة بين الدائنين.

رابعاً: الوقت الذي يجوز فيه أخذ الاختصاص:

يجوز أخذ اختصاص على عقارات المدين المحكوم عليه فى أى وقت إذا توافرت الشروط السابقة جميعاً، على أن المشرع قد نص على أنه «لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة» (م ١٠٨٥ /٢ مدنى) وهذا النص يريد أن يحقق المساواة بين دائنى المتوفى العاديين. ولذلك فان حكمه لا ينصرف إلى الحالة التى يأخذ فيها الدائنين حق اختصاص قبل موت المدين ويريد قيده بعد وفاته. لأن هذا القيد اللاحق يعتبر من قبيل الاجراءات التحفظية، كما أنه لا يخل بالمساواة بين الدائنين لأن الحق ثابت فيه قبل الوفاة ولا ينقص سوى قيده لسريانه فى مواجهة الغير.

وقد نصت المادة ٢٥٦ مدنى على أنه «لا يجوز أن يحتج على أحد الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل». وأراد المشرع أيضاً أن يكفل المساواة بين الدائنين فى نظام الاعسار المدنى. ولذلك فان حكمه لا ينطبق على حق الاختصاص الذى تقرر فى تاريخ سابق لتسجيل صحيفة الدعوى ويمكن بالتالى قيده بعد هذا التسجيل لينفذ فى حق الدائنين العاديين، كما يلاحظ أن هذا النص لم يمنع أخذ الاختصاص فى حالة الاعسار كما منعه فى حالة وفاة المدين وانما جعله عديم الأثر بالنسبة إلى الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار. وتبدو مصلحة الدائن فى بقاء الاختصاص رغم ذلك فى حالة انتهاء الاعسار بأى سبب من الأسباب – فاذا استجد عندئذ دائنون آخرون للمدين كان حق الاختصاص نافذاً فى مواجهتهم لأنهم لاحقون له.

المبحث الثاني

اجراءات تقرير حق الاختصاص

ونعرض فى هذا المبحث للاجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الاختصاص والجهة المختصة بذلك ثم بعد ذلك ندرس التظلم من الأمر الصادر بالاختصاص.

أولا: الاجراءات الواجبة الاتباع والجهة المختصة:

تنص المادة ١٠٨٩ مدنى على أنه:

١- «على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها».

٢- «وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم وأن تشتمل على البيانات الآتية»:

أ - اسم الدائن ولقبه وموطنه الأصلى والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة.

ب- اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه.

جـ- تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته.

د - مقدار الدين فاذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص.

هـ- تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الاوراق الدالة على قيمتها».

وعلى ضوء هذا النص نعرض للاجراء الأول وهو تقديم طلب الحصول على الاختصاص وبياناته، ثم بعد ذلك نعرض للقاضى المختص وسلطاته وثالثاً لاعلان الأمر للمدين ورابعاً للتأشير بالأمر على صورة الحكم.

١٣٣- (١): تقديم طلب الاختصاص وبياناته:

وفقاً لنص المادة ١٠٨٩ مدنى يقدم الدائن طالب الاختصاص عريضة بذلك إلى القاضى المختص. ويصدر هذا القاضى الأمر بمقتضى سلطته الولائية فى إصدار أوامر على العريضة لا بمقتضى سلطته القضائية، لأن القاضى لا يفصل هنا فى خصومه.

وأوجبت المادة ١٠٨٩ تكون هذه العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم. كما أوجبت هذه المادة أن تشتمل العريضة على عدة بيانات تدور حول التعريف بالدائن والمدين، والحكم الصادر بالزام المدين والذى يريد الدائن أن يؤخذ بمقتضاه حق اختصاص، تاريخه والمحكمة التى أصدرته، ثم تشتمل هذه العريضة على مبدأ تخصيص الاختصاص سواء من حيث الدين المضمون أو العقار الذى سيتقرر عليه الاختصاص ويقرن بالعريضة الاوراق اللازمة، مثل الاوراق الدالة على قيمة العقارات المطلوب أخذ الاختصاص بها. وذلك حتى يستطيع القاضى أن يقدر مدى تناسب هذه العقارات مع الدين المراد ضمانه، فلا يثقل الاختصاص المدين بأكثر من القدر اللازم لهذا الضمان.

١٣٤- (٢): القاضى المختص وسلطاته:

القاضى المختص بنظر الأمر هو رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقارات المراد أخذ الاختصاص بها. فإذا تعددت مواقع العقارات وجب الحصول على الأمر بالنسبة لكل عقار من رئيس المحكمة الكائن بدائرتها موقع هذا العقار. والأمر يصدر بمقتضى سلطة القاضى الولائية فى اصدار اوامر على العريضة لا بمقتضى سلطته القضائية. ويطلب الاختصاص بعريضة لا بتكليف بالحضور، وعلى ذلك لا يلزم حضور المدين. ولرئيس المحكمة أن يأمر بالاختصاص أو برفضه حسب ما يرى من توافر شروط تقريره أو عدم توافرها.

ولرئيس المحكمة، اذا رأى توافر شروط تقرير الاختصاص، سلطة تقديرية فى تحديد العقارات التى يوقع عليها الاختصاص. وقد أعطت المادة

١٠٨٩ / ٢ مدنى له سلطة تقدير الدين مؤقتاً إذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار ويعين المبلغ الذى يؤخذ به الاختصاص. أما بالنسبة للعقار فقد نصت المادة ١٠٩٠ / ٢ على أنه يجب على رئيس المحكمة عند الترخيص بالاختصاص «أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة فى العريضة بوجه التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها اذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين» ويقصد المشرع من ذلك هو أن تكون العقارات التى يوقع عليها الاختصاص متناسبة مع دين الدائن، حتى لا يعطل الاختصاص قدرة المدين المالية والائتمانية.

فاذا وافق القاضى على تقرير الاختصاص دون أمره به فى ذيل العريضة (م ١٠٩٠ / ١ مدنى).

١٣٥- (٣): اعلام الامر للمدين والتأشير به على صورة الحكم:

قد أوجبت المادة ١٠٩١ مدنى على قلم كتاب المحكمة اعلان الأمر بتوقيع الاختصاص الى المدين فى نفس اليوم، وذلك حتى يستطيع أن يتظلم من الأمر إذا كان لديه وجه.

كما أوجبت نفس المادة على قلم كتاب المحكمة ان يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص. كما يجب عليه أن يخطر المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها قلم كتابها للدائن والغرض من ذلك هو أن يحول دون أن يأخذ الدائن اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة. على عقارات تقع فى دوائراختصاصها، ودون أن تعلم كل محكمة تعطى اختصاصات بما اعطته المحاكم الأخرى من ذلك، وبذلك تسمح لكل قاضى عند الأمر بالاختصاص أن يراعى قيمة العقارات التى سبق للدائن أخذ اختصاص عليها.

ثانياً: التظلم من الأمر الصادر بالاختصاص:

قد يأمر رئيس المحكمة بتقرير الاختصاص، وقد يرفض طلب الدائن، وفى الحالتين يجوز لمن له مصلحة أن يتظلم.

فإذا صدر الأمر بالاختصاص، فقد يكون للمدين وجه للتظلم من الأمر، كأن تكون شروط أخذ الاختصاص غير متوافرة، أو أن يكون الحكم صدر الأمر بناء عليه قد طعن فيه بالنقض أو التماس اعادة النظر وقبل الطعن أو كان الحكم الذى صدر الاختصاص بناء عليه غير واجب النفاذ، أو تكون العقارات التى تقرر عليها الاختصاص تجاوز ما يكفى لضمان الدين. ويكون التظلم أمام الآمر (م ١٩٩ مرافعات) أو أمام المحكمة الابتدائية (م ١٩٧ مرافعات) وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ١٠٩٢ / ٢ مدنى. فإذا تظلم المدين وأمر رئيس المحكمة أو حكمت المحكمة بالغاء الأمر الصادر، فيعتبر الاختصاص كأن لم يكن، فإذا كان الاختصاص قد قيد فيجب، كما تنص المادة ١٠٩٢ / ٢ مدنى، أن يؤشر على هامش القيد بالأمر أو بالحكم الذى قضى بالغاء الأمر الصادر بالاختصاص.

وإذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص ابتداء أو على أثر تظلم المدين اليه، فيكون للدائن مصلحة فى التظلم من هذا الرفض. ويكون تظلم الدائن من الرفض إلى المحكمة الابتدائية، ولا يجوز أن يتظلم إلى رئيس المحكمة الآمر (م ١٠٩٣ مدنى). ويكون التظلم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة، وتحكم فيه بتأييد الأمر أو بتعديله أو بالغائه، ويجب أن يكون التظلم مسبباً والا وقع باطلاً (م ١٩٧ مرافعات). والعلة من قصر الاختصاص فى نظر تظلم الدائن على المحكمة دون رئيس المحكمة الآمر، وذلك على خلاف التظلم المقدم من المدين، هو أن الأمر بالاختصاص يصدر فى غير مواجهة المدين ودون سماع أقواله فهناك احتمال كبير أن يعدل الآمر نفسه عما أمر به اذا سمع أقوال المدين، أما فى حالة الرفض فاحتمال عدول الآمر عن رفضه ضعيف.



الفصل الثاني

آثار حق الاختصاص، وانقاصه، وانقضائه

أولاً: آثار الاختصاص الذي تم قيده هي آثار الرهن الرسمي:

تنص المادة ١٠٩٥ مدنى على أنه «يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه. وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من احكام خاصة».

ويستفاد من هذا النص أن حق الاختصاص، كالرهن الرسمى، يجب قيده حتى يسرى فى مواجهة الغير. ويجرى القيد بنفس الطريقة التى يجرى بها قيد الرهن، ويخضع لوجوب تجديده قبل مضى عشر سنوات - وتتحدد مرتبة الاختصاص بالنسبة لسائر الحقوق المقيدة أو المسجلة على العقار وفقاً لترتيب قيده.

ويسرى على حق الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من حيث ما يرتبه من آثار فى علاقة المدين والدائن، فتظل لمالك العقار المثقل به نفس الحقوق التى تظل ثابتة لمالك العقار المرهون رهناً رسمياً، ويخول صاحبه على هذا العقار نفس حقوق الدائن المرتهن رهناً رسمياً.

واذا انتقل العقار المثقل بالاختصاص الى حائز كان لهذا الحائز نفس حقوق حائز العقار المرهون رهناً رسمياً، وتقيدت سلطاته بمثل ما تتقيد به سلطات حائز العقار المرهون.

ولا يفترق الاختصاص عن الرهن الرسمى من حيث الاحتجاج به على الغير إلا من ناحية اشتراط القانون فى الدائن صاحب الاختصاص أن يكون حسن النية. فإذا كانت القاعدة فى تزاحم اصحاب الحقوق المقيدة على العقار تقضى باتباع الاسبقية فى القيد، الا أن الدائن صاحب الاختصاص لا

يستطيع ان يتمسك بسبق قيد حقه اذا كان سئ النية، أى عالماً وقت أخذ الاختصاص بأن المدين سبق وتصرف فى العقار بالبيع أو بالرهن مثلاً، ولو تم تسجيل البيع أو قيد الرهن بعد قيد الاختصاص.

ويجب أن يلاحظ ما تقدم ذكره من أن الاختصاص المأخوذ على أموال المدين الذى شهر اعساره بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا يكون نافذاً فى حق الدائنين العاديين الذين ثبتت ديونهم قبل ذلك التسجيل، وذلك ما بقيت حالة الاعسار قائمة. فاذا انتهت حالة الاعسار سواء بحكم القضاء (م ٢٦١) أو بقوة القانون (م ٢٦٢م)، عادت للاختصاص حجته وأمكن للدائن الاحتجاج به.

ثانيا: انقاص حق الاختصاص:

سبق أن رأينا أن الشغل الشاغل للمشرع هو تناسب قيمة العقارات التى يؤخذ عليها الاختصاص مع مبلغ الدين المضمون (م ١٠٨٩ /هـ، م ١٠٩٠ / ١). وقد أكد ذلك فى المادة ١٠٩٤ / ١ وذلك بالسماح لكل ذى مصلحة بأن يطلب انقاص الاختصاص الى الحد المناسب، اذا كانت الاعيان الذى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين». وهذه المادة تواجه الفرض الذى تزيد فيه قيمة العقارات عن مبلغ الدين بالرغم من الاحتياطات السابق الاشارة اليها. ويكون ذلك فى حالة ما اذا ارتفعت قيمة هذه العقارات فيما بعد بفعل العوامل الاقتصادية أو نتيجة لتحسينات أو انشاءات اجراها المدين، أو إذا نقص الدين المضمون بالاختصاص.

ويطلب الانقاص صاحب المصلحة سواء أكان هو المدين أم غيره كالدائنين المرتهنين اللاحقين للاختصاص والدائنين العاديين والحائز للعقار المثقل بالاختصاص.

وطلب الانقاص يتم عن طريق دعوى يرفعها كل ذى مصلحة. وبالنسبة للمدين يستطيع أن يطلبه عن طريق التظلم من الأمر الصادر من القاضى باعطاء حق الاختصاص، أو عن طريق دعوى أصلية مبتدأة، وهذه الدعوى

الأصلية يرفعها سواء كان الاختلال بين قيمة العقار والدين موجوداً من بادئ الأمر أو طرأ بعد ذلك.

ويكون انقاص الاختصاص اما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفى قيمته لضمان الدين (م١٠٩٤ / ٢ مدنى). واذا تم الانقاص سواء عن طريق القضاء أو عن طريق الاتفاق مع الدائن فان المصروفات اللازمة لاجرائه وقيده تكون على نفقة طالب الانقاص (م ١٠٩٤ / ٣).

ويجب التأشير على هامش قيد الاختصاص بما يفيد انقاصه، وذلك إذا تم الانقاص عن طريق قصره على بعض العقارات أو على جزء منها، فإذا نقل الاختصاص الى عقار غير العقار الذى تقرر عليه فى الأصل وجب اجراء قيد جديد على هذا العقار حتى يحتج به على الغير. ولذلك يجب أن يراعى أن تكون مرتبة الاختصاص على العقار الذى نقل إليه تسمح بوفاء الدين. ومتى نقل الاختصاص الى عقار آخر غير العقار أو العقارات الاصلية كان للمدين طلب محو القيد الاصلى. كما أن الاختصاص لا يضر بحقوق الدائنين المقيدة على هذا العقار قبل هذا القيد.

ثالثاً: انقضاء حق الاختصاص:

وينقضى حق الاختصاص بنفس الاسباب التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى، سواء كان ذلك بطريقة اصلية أو بطريقة تبعية.

لكن هناك اسباب انقضاء خاصة بحق الاختصاص، ويمكن ان نجملها فيما يلى:

١- اذا تقرر الاختصاص بناء على حكم انتهائى، ثم طعن فيه بطريقة من الطرق غير العادية كالنقض أو التماس اعادة النظر والغى الحكم، سقط الاختصاص، وكان للمدين أن يطلب محوه. وكذلك اذا تقرر بناء على حكم مشمول بالنفاذ المعجل ثم الغى الحكم من محكمة المعارضة أو المحكمة الاستئنافية.

٢ – اذا تقرر الاختصاص بأمر من رئيس المحكمة ثم تظلم المدين الى القاضى الآمر أو ا لمحكمة وقبل تظلمه فان الاختصاص يلغى، مع ملاحظة أن أمر القاضى المتظلم اليه بالغاء الاختصاص يجوز التظلم منه بواسطة الدائن الى المحكمة. ووفقاً للمادة ١٠٩٢ / ٢ يجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بالغَاء الأمر الصادر بالاختصاص.

البــاب الثالث

الرهن الحيازي

تمهيد:

١٣٦ - تعريف الرهن الحيازي:

نصت المادة ١٠٩٦ مدنى على أن « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم الى الدائن أو إلى اجنبى يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون» .

ويلاحظ على هذا التعريف أن المشرع استعمل لفظ عقد الرهن الحيازى باعتباره مصدراً لحق الرهن، كما أنه قد استعمل عبارة الرهن الحيازى لتطلق على الحق العينى ذاته الذى ينشئه هذا العقد. وقد تضمن ايضاً هذا التعريف مضمون هذا الحق. بما يخوله للدائن من حق الحبس والتقدم والتتبع. وقد استعمل هذا التعريف كلمة «ثمن الشئ» بالرغم من تعلق حق الدائن بما يحل محل العقار فكان أحرى بالمشرع أن يستعمل لفظ أوسع وهو المقابل النقدى (م ١١٠٢ مدنى) .

ويشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فى أن كلا منهما من التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريقة العقد. لكن عقد الرهن الحيازى لا يشترط فيه القانون الرسمية المتطلبة فى عقد الرهن الرسمى. ولذلك فهو عقد رضائى. كما أن هذا العقد لم يعد من العقود العينية التى يكون تسليم العين فيها ركناً من أركانها، وذلك على خلاف ما كان عليه الحال فى القانون المدنى القديم، كما أن عقد الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين بخلاف الرهن الرسمى الذى هو عقد ملزم لجانب واحد.

ق حق الرهن الرسمى مع حق الرهن الحيازى فى أن كلا من
ىو حق عينى وتبعى غير قابل للتجزئة. ولكن يختلف عن الرهن
، فى أنه يستلزم نقل الحيازة الى الدائن المرتهن. كما أن الرهن
الحيارى يمكن أن يرد على منقول كما يمكن أن يرد على عقار وذلك
بخلاف الرهن الرسمى الذى لا يرد الا على عقار من حيث الاصل. كما أن
حق الرهن الحيازى يخول للدائن المرتهن سلطات أوسع من سلطات الدائن
المرتهن رهناً رسمياً كما سنرى فيما بعد.

١٣٧- خطة البحث:

سنتبع فى دراستنا للرهن الحيازى نفس الخطة تقريباً التى اتبعناها فى
دراسة الرهن الرسمى. نتكلم فى الفصل الأول عن انشاء الرهن وفى الفصل
الثانى عن سريان الرهن فى مواجهة الغير والفصل الثالث عن آثار الرهن
وفى الفصل الرابع عن انقضاء الرهن.

الفصل الأول

انشاء الرهن الحيازي

١٣٨ - تقديم وتقسيم:

ينشأ حق الرهن من عقد بين الراهن والمرتهن، هو عقد الرهن. ولذلك وجب أن يكون العقد مستوفياً أركانه وشروط صحته. وعلى خلاف عقد الرهن الرسمى حيث يشترط القانون الرسمية لانعقاد العقد، فإن عقد الرهن الحيازى هو عقد رضائى يكفى التراضى لانعقاده، مع سائر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد وصحته. ولذلك سنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ندرس فيه الشروط العامة.

المبحث الثاني: ندرس فيه الشروط الخاصة بالرهن الحيازى.

المبحث الأول

الشروط العامة

ونقصد بالشروط العامة، تلك الشروط الواجب توافرها فى كل عقد من العقود وهى تتعلق بالرضا والاهلية، وبالنسبة للسبب فانه ليس هناك ما يخص عقد الرهن الحيازى. ولذلك تنقسم دراسة هذا المبحث الى مطلبين الأول خاص بالرضا والثانى يتعلق بالأهلية.

المطلب الأول

الرضا

ونتكلم هنا عن التعبير عن الارادة وشروط صحة هذه الارادة.

أولاً: التعبير عن الارادة:

يجب حتى ينعقد الرهن الحيازى أن يتبادل طرفاه التعبير عن ارادتين متطابقتين (م٨٩). وطرفا العقد فى الرهن الحيازى هما الراهن والمرتهن

وقد يكون الراهن هو المدين أو غيره، فيجوز أن يعقده شخص ضماناً لدين على غيره، هذا هو الكفيل العينى.

وطبقاً للقواعد العامة قد يصدر التعبير عن الارادة من طرفى العقد أو ممن ينوب عنهما قانوناً أو اتفاقاً. وعلى ذلك فانه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصاً فى ابرام عقد الرهن. ويشترط فى هذه الحالة وكالة خاصة، حيث أن الرهن من اعمال التصرف، وذلك لأن عقد الرهن الحيازى عقد رضائى. أما بالنسبة للدائن المرتهن فان الالتزامات التى ينشئها الرهن الحيازى فى ذمته هى من قبيل اعمال الادارة، ولذلك فانه يكفى لقبول الارتهان نيابة عن الدائن المرتهن أن يكون لدى الوكيل وكالة عامة.

أما بالنسبة للنيابة القانونية، يجب أن تتوافر فى النائب عن الراهن ولاية التصرف طبقاً لما حدده قانون الولاية على المال. كما أن الولى والوصى والقيم يجوز لهم قبول الارتهان دون اذن المحكمة.

ثانياً: شروط صحة الارادة:

يجب أن تكون الارادة الصادرة من طرفى العقد صحيحة بمعنى أن تكون خالية من عيوب الارادة، وهذه العيوب كما هو معروف طبقاً للقواعد العامة هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال. وليس هناك جديد يجب إضافته بالنسبة للرهن الحيازى فيرجع فى كل ذلك إلى القواعد العامة.

المطلب الثاني

الأهليـــة

ويلزم ايضاً لصحة العقد أن يصدر من شخص أهلاً لمباشرته. ولذلك يجب أن نعرف ما هى الاهلية اللازمة حتى يكون الرهن صحيحاً من جانب كل من الراهن والدائن المرتهن.

أولا: أهلية الراهن:

لـم يتكلـم المـشرع عـن الأهليـة اللازمة لمباشرة الرهن الحيازى،

على خلاف الرهن الرسمى حيث نص (م ١٠٣٢ / ٢) على وجوب أن يكون الراهن أهلاً للتصرف فى الشئ المرهون، سواء كان هو المدين أو غيره.

لكن يجب أن تتوافر فى الراهن أهلية التصرف فى المال المرهون، فإذا كان الراهن هو المدين كان الرهن بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر. فان كان الراهن قد حصل على ائتمان معين، أو قد حصل على مد أجل الالتزام فانه بذلك يكون قد حصل على مقابل معين. وفى هذا النوع من التصرفات يستلزم كمال الأهلية. وعلى ذلك فاذا صدر الرهن من الصبى المميز أو من فى حكمه كان التصرف قابلاً للابطال.

أما بالنسبة للرهن الصادر من شخص غير المدين، أى الكفيل العينى، فانه يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً أو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحسب ما إذا كان قد رهن متبرعاً أو تقاضى مقابلاً. وبالتالى تتحدد الأهلية حسب الاحوال. ويصدق ما سبق أن قلناه بصدد الرهن الرسمى على الرهن الحيازى.

ثانياً: اهلية الدائن المرتهن:

وفيما يتعلق بأهلية الدائن المرتهن فى عقد الرهن الحيازى فهى تختلف عن أهليته فى الرهن الرسمى. وذلك أن الرهن الرسمى لا ينشأ فى ذمة الدائن المرتهن أى التزام. فيكفى أن تتوافر لديه أهلية الاغتناء. أما الرهن الحيازى، فلأنه ينشئ التزامات فى ذمة الدائن المرتهن فى مقابل الالتزامات التى تنشأ فى ذمة الراهن، فهو يعتبر من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالى يشترط أن تتوافر فى الدائن المرتهن أهلية هذه الاعمال، وهى لا تكتمل الا ببلوغ سن الرشد، والا كان العقد قابلاً للابطال اذا باشره وهو فى سن التمييز ودون سن الرشد.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة

ونقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التى تحكم وجود وصحة الرهن. وهذه الشروط تتعلق بالالتزام المضمون والمال المرهون.

المطلب الأول

الالتزام المضمون

١٣٩- احالة علي الرهن الرسمي:

نصت المادة ١٠٩٨ مدنى على أنه «تسرى على الرهن الحيازى احكام المادة ١٠٣٣ واحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمى».

ويستفاد من كل هذه المواد أن الدين المضمون يمكن أن يكون مبلغاً من النقود أو عملاً أو متناعاً عن العمل، ويصح ان يكون منجزاً أو مضافاً إلى اجل، أو باتاً أو معلقاً على شرط، وممكن ان يكون مستقبلاً أو احتمالياً، كما يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو ا لحد الاقصى الذى ينتهى اليه الدين.

والرهن لا ينشأ إلا إذا استند الى التزام موجود وصحيح. والرهن يتبع الالتزام المضمون فى صحته وبطلانه ووجوده وانقضائه. (م ١٠٩٢ مدنى) ونحن نحيل فى كل هذا إلى ما سبق ذكره فى خصوص الرهن الرسمى.

المطلب الثاني

المال المرهون

١٤٠- (١): الرهن الحيازي يرد علي عقار كما يرد علي منقول:

وقد نصت المادة ١٠٩٧ مدنى على أنه «لا يكون محلا للرهن الحيازى الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول أو عقار».

فجميع الأشياء اذن يجوز رهنها سواء كانت أراضى أو بناء. وان كان الغالب فى مصر أن يرد الرهن الحيازى على الاراضى الزراعية، أما المبانى فالغالب يقع رهنها رهناً رسمياً.

وكذلك جميع المنقولات يجوز رهنها رهن حيازة، مادامت قابلة للحجز وقابلة للبيع بالمزاد العلنى، سواء كانت منقولات مادية أو منقولات معنوية، فيجوز رهن السيارات والمواشى والأثاث، والبضائع والمجوهرات. ويجوز رهن الديون والاسهم والسندات الاسمية والاذنية وبراءات الاختراع والاسماء التجارية وحقوق المؤلفين.

ولم يرد فى باب الرهن الحيازى نص يقابل نص المادة ١٠٣٦ والذى يمد الرهن الرسمى الى ملحقات المال المرهون. ومع ذلك فمن المسلم أن الرهن الحيازى يمتد هو الآخر إلى ملحقات الشئ المرهون وذلك بالقياس على الرهن الرسمى، وبالاستناد إلى حكم المادة ١٠٩٩ / ٢ مدنى.

ويجوز أن يرهن الشئ الواحد لأكثر من دين. وقد نصت على ذلك المادة ١١٠٩ / ٢ بقولها «يجوز أن يكون الشئ المرهون ضامن لعدة ديون». وفى هذه الحالة يجرى ترتيب هذه الديون وفقاً لتاريخ نفاذها فى حق الغير. فيجب أن تتوافر للمرتهن الحيازة بنفسه أو بواسطة عدل أو بواسطة مرتهن آخر، ثم تجرى المفاضلة بحسب اسبقية القيد اذا كان عقاراً، وأسبقية التاريخ الثابت ثبوتاً رسمياً اذا كان المرهون منقولاً.

١٤١- (٢): *ما يشترط في الشئ المرهون:*

ويشترط فى المال المرهون، سواء كان عقاراً أو منقولاً، عدة شروط حتى يجوز رهنه حيازياً، وهو أن يكون الشئ معيناً، مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى وموجودا وقت الرهن، ومملوكاً للراهن.

١٤٢- (أ) *يجب أن يكون الشئ المرهون معيناً:*

لم يحل المشرع فى المادة ١٠٩٨ إلى المادة ١٠٣٥ والخاصة بتعيين

العقار المرهون رهناً رسمياً تعييناً دقيقاً، ولذلك فإنه يكفى فى الرهن تطبيق القواعد العامة فى تعيين المحل، فيكفى أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة، بأن يكون المحل معيناً بالذات، أو معيناً بالنوع مع ذكر مقداره أو قابلاً للتعيين (م ١٣٣ مدنى).

وليس فى محله الاستناد إلى احالة المادة ١٠٩٨ إلى المادة ١٠٣٣ الواردة فى باب الرهن الرسمى والخاصة ببطلان رهن الأشياء المستقبلة للقول بخضوع الرهن الحيازى لقاعدة التخصيص فى العقد (١). وذلك لأنه كما سبق أن رأينا أن بطلان رهن الاشياء المستقبلة هو حكم قائم بذاته، ولا يمكن رده فى جميع الصور إلى قاعدة وجوب تخصيص الشئ المرهون فى عقد الرهن، ومن هنا كانت فائدة نص المادة ١٠٣٣ التى تقرر هذا الحكم. كما سبق أن قلنا أن رهن الاشياء المستقبلة ليس رهناً لأشياء مملوكة للغير(٢).

١٤٣- (ب): يجب أن يكون الشئ المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٩٧ مدنى. وبناء على ذلك فانه لا يجوز رهن الاشياء العامة، والاشياء الموقوفة، وكذلك لا يجوز رهن المال المشروط عدم التصرف فيه. ولا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالاً عن العقار، ولا حق الاستعمال أو السكنى. والرهن الحيازى فى ذلك مثله مثل الرهن الرسمى.

١٤٤- (جـ): يجب أن يكون الشئ المرهون موجوداً وقت الرهن:

وأياً كان الشئ الذى يراد رهنه، يجب أن يكون موجوداً وقت ابرام العقد، فرهن الاشياء المستقبلة باطل بطلاناً مطلقاً، ذلك أن المادة ١٠٩٨ تنص على أنه «تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣» .. وهذه المادة وردت

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، رقم ٢٣٥، ص ٣٦٣، ٣٦٤، وشمس الوكيل، المرجع السابق، فقر ١٨١، ص ٤٧١.

(٢) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٢، ص ١٩٨، ١٩٩.

بخصوص الرهن الرسمى، وتنص فى فقرتها الثانية على أن يقع باطلاً رهن المال المستقبل. ونكتفى هنا بالاحالة إلى ما سبق أن قلناه بصدد الرهن الرسمى.

١٤٥- (د): يجب أن يكون الشئ المرهون مملوكاً للراهن:

١٤٦- (١): رهن ملك الغير:

لم يضع المشرع، بخصوص الرهن الحيازى، نصاً مماثلاً لنص المادة ١٠٣٢ / ٢ والذى ينص على وجوب ملكية الراهن للعقار المرهون رهناً رسمياً، ولم يحل عليه. إلا ان نص المادة ١٠٩٨ قد نص على أنه تسرى على الرهن الحيازى احكام المادة ١٠٣٣، وهذه المادة تبين حكم رهن ملك الغير رهناً رسمياً. وعلى ذلك نحيل الى ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد بالنسبة للرهن الرسمى لأنه ينطبق على الرهن الحيازى، لكن يلاحظ ما يأتى بخصوص تطبيق احكام رهن ملك الغير على الرهن الحيازى: -

أولاً: سبق أن رأينا أن اقرار المالك للرهن الرسمى الصادر من الغير على عقار مملوك له يجب أن يصدر فى ورقة رسمية، وهذا ما يقتضيه أن الرهن الرسمى نفسه لا ينعقد الا بورقة رسمية. أما بالنسبة للرهن الحيازى فنظراً إلى أنه لا تلزم الرسمية لانعقاده فلا تلزم كذلك فى اقرار المالك.

ثانياً: اذا لم يقر المالك الرهن، فلا يكون له أثر بالنسبة له، وبالتالى له أن يتسعمل حقوقه على الشئ متجاهلاً وجود عقد الرهن ولكن حق المالك قد يصطدم فيما يتعلق برهن المنقول، بأحكام الحيازة، ذلك أن الأثر المكسب لحيازة المنقول لا يقتصر على كسب الملكية بل يمتد ليشمل كسب الرهن ايضاً. وقد نصت المادة ١١١٨ على أنه:

١ - «الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقول المادية والسندات لحاملها تسرى على رهن المنقول».

٢ - «وبوجه خاص يكون للمرتهن اذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه

فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن».

وعلى ذلك فالدائن المرتهن من غير المالك اذا حاز المنقول المرهون، وكان حسن النية أى يجهل وقت الحيازة أنه يرتهن من غير مالك، له أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك. وتعتبر الحيازة قرينة على حسن النية، فعلى المالك إذا ما ادعى سوء نية المرتهن أن يثبته (م ٩٧٦ / ٣ مدنى). ولهذا فعندما يقال أن حق الرهن الحيازى ينشأ بمقتضى العقد، فيكون المقصود هو الفرض الغالب، اذ ان الحيازة تعتبر سبباً لكسب حق الرهن الحيازى.

وبمقتضى احالة المادة ١١١٨ على أحكام الحيازة يسرى حكم ٩٧٧ / ١ فيجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه، أن يسترده من الدائن المرتهن الذى حازه بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

لكن التساؤل قائم حول تطبيق حكم المادة ٩٧٧ / ٢ والتى تنص على أنه «فاذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فان له ان يطلب ممن يسترد هذا الشئ ان يعجل له الثمن الذى دفعه». هل ينطبق حكمها على الدائن المرتهن، اذا حاز المنقول المفقود أو المسروق، فيكون له أن يطالب من يريد ان يسترد هذا الشئ بتعجيل الدين الذى ارتهن بحسن نية هذا الشئ لضمانه.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز ذلك لأن حكم المادة لا ينصرف الا الى مشترى المنقول فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثلة[1]. بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى أن للدائن المرتهن أن يتمسك

(١) سليمان مرقس، فقرة ٢٣٩، ص ٣٦٨، ومحمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ٢٩٢، ص ٣٧٩.

بحكم هذه المادة ويمتنع عن رد المنقول حتى يستوفى الدين الذى قام رهن المنقول ضماناً للوفاء به[1]. وهذا الرأى الثانى هو الأولى بالاتباع وذلك لأن الرأى الأول يتمسك بحرفية النص وقصر حكمه فقط على المشترى للشئ الضائع أو المسروق، وكما أن هذا الرأى تجاهل احالة المادة ١١١٨ إلى احكام الحيازة والتى من بينها نص المادة ٩٧٧ / ٢ . والأمر لا يحتاج أكثر من تطبيق هذه المواد على الوجه الذى يلائم مركز المرتهن. وبخصوص المادة ٩٧٧ / ٢ فان مقتضى تطبيقها يلزم ان يستبدل بلفظ «اشتراه» بلفظ «ارتهنه»، كما يستبدل بلفظ «الثمن» لفظ «الدين المضمون بالرهن».

١٤٧- (٢) رهن المالك تحت شرط:

ونحيل فى هذا الصدد الى ما سبق ان قلناه بالنسبة للرهن الرسمى. لكن يجب أن نلاحظ ان اعمال قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية كثيراً ما يعطل الاثر الرجعى للشرط، كما ان المالك تحت شرط واقف يندر أن تكون له الحيازة وبالتالى فان لا يستطيع أن ينقلها إلى المرتهن.

١٤٨- (٣): رهن المباني المقامة علي أرض الغير:

لم يرد نص خاص فى هذا الشأن بالنسبة للرهن الحيازى، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للرهن الرسمى، حيث أن المادة ١٠٣٨ جاءت بحكم خاص برهن المبانى المقامة على أرض الغير، ولم يحل الشرع إلى حكم النص الوارد فى صدد الرهن الرسمى. ومع ذلك فانه يجب اعمال حكم هذه المادة على الرهن الحيازى. وذلك لأن المادة ١٠٣٨ ليست الا تطبيقاً للقواعد العامة. ونكتفى هنا بالاحالة الى ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد بالنسبة للرهن الرسمى.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٣٢، ص ٥٤٨، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٩٧، ص ٨٩، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٣٣٢، ص ٤٦٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ٢٠٣، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٢، ص ٣١١، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢١٣، ٢١٤.

١٤٩- (٤) رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي:

رأينا أن المشرع ينص فى المادة ١٠٣٤ على أن يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرمَ فيه الرهن. ولم ينص المشرع على مثل هذا الحكم بالنسبة للرهن الحيازى كما أنه لم يحل الى حكم هذا النص. لكن الرأى السائد أن هذا النص يعتبر تطبيقاً لحكم المادة ١٥، ٢/١٧ من قانون الشهر العقارى الذى عرضنا له من قبل وبالتالى فحكمه يسرى على رهن العقار رهناً حيازياً اعمالاً لنص قانون الشهر العقارى الذى يقرر قاعدة عامة.

١٥٠- (٥) رهن المالك الظاهر:

وحكم هذا الرهن، سواء كان حيازياً أو رسمياً، مستفاد من القواعد العامة. ولذلك نحيل إلى ما سبق أن قلناه فى هذا الشأن بالنسبة للرهن الرسمى.

١٥١- (٦) رهن المالك على الشيوع:

سبق أن رأينا أن المشرع نظم الرهن الرسمى الوارد على عقار مملوك على الشيوع بنص المادة ١٠٣٩ مدنى. ولكنه لم يحل على هذا النص من بين النصوص التى قضت المادة ١٠٩٨ بسريانها على الرهن الحيازى. وعلى ذلك فانه بصدد الرهن الحيازى ترجع الى الاحكام العامة التى وضعها المشرع بشأن التصرف فى المال الشائع بوجه عام. وبصفة خاصة المادة ٨٦٦ مدنى، ولذلك سنعرض للرهن الصادر من جميع الشركاء، ثم للرهن الصادر من أحد الشركاء سواء على حصة شائعة أو على جزء مفرز.

أولاً: فيما يتعلق بالرهن الصادر من جميع الشركاء، لا شك فى أن الرهن صحيح نافذ فى مواجهة الشركاء جميعها ما بقى الشيوع قائماً، فيكون للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الشئ المرهون. أما عن مصير الرهن بعد القسمة فانه اذا اختص كل شريك بنصيب فى المال الشائع فان كل شريك يظل متحملاً الرهن فى نصيبه وذلك وفقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن. أما اذا اختص

أحدهم بالمال المرهون فان الرهن يبقى نافذاً على العقار كله طبقاً لنص المادة ١٠٣٩/١ مدنى وذلك لأننا نميل الى مد حكمها الى الرهن الحيازى ايضاً وذلك لأن الأثر الرجعى للقسمة وهو حكم مجازى، يجب الا يطبق الا فى حدود الغرض الذى أريد به تحقيقه وهو حماية كل شريك اختص بمقتضى القسمة بجزء مفرز مما يكون قد تقرر من حقوق على هذا الجزء [illegible] أحد الشركاء الآخرين أو بعضهم، فلا يكون هناك محل للبحث [illegible] الأثر الرجعى للقسمة بالنسبة لتصرف صدر من جميع الشركاء.

ثانياً: فيما يتعلق بالرهن الصادر من أحد الشركاء، فقد يرد على حصة شائعة وقد يرد على جزء مفرز.

فاذا رهن الشريك حصة شائعة فان رهنه صحيح. وقبل القسمة للدائن ان ينفذ بدينه على الحصة المرهونة. فاذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بدينه فاذا اختص الشريك الراهن بجزء مفرز من الشي تركز حق الدائن المرتهن فى هذا الجزء واذا اختص بالشئ كله بقى الرهن قائماً فى حدود الحصة الشائعة، أما إذا اختص الراهن بشئ آخر. فإن الرهن ينتقل إلى ما يقع فى نصيب الراهن وذلك قياساً على المادة ١٠٣٩/٢ الخاصة بالرهن الرسمى وهذا هو الرأى الذى نرجحه.

إذا رهن الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع، فإن وقع فى نصيب الراهن جزء آخر انتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته الى هذا الجزء. وللمرتهن اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف على أساس الغلط (م ٨٢٦ / مدنى) وإن وقع فى نصيب الراهن اعيان اخرى طبق حكم المادة ١٠٣٩/٢ بطريق القياس. ونحيل فى هذا الى ما قلناه بالنسبة للرهن الرسمى.



الفصل الثاني

سريان الرهن في مواجهة الغير

١٥٢ - تقديم وتقسيم:

اذا كان المرهون شيئاً معيناً بالذات ومملوكاً للراهن فان الرهن الحيازى ينشأ بين المتعاقدين بمجرد العقد (م ٢٠٤ مدنى). ولا يلزم لنشؤ الرهن أن تنتقل حيازة الشئ المرهون للدائن المرتهن. وفضلاً على ذلك فان تسليم الشئ المرهون لم يعد ركناً فى عقد الرهن، كما كان الحال فى التقنين المدنى القديم الذى كان يعتبر الرهن الحيازى عقداً عينياً، وانما هو فى القانون الحالى، تنفيذ لالتزام ناشئ من العقد.

أما بالنسبة للغير فانه يلزم لنفاذ الرهن فى حقه أن تتوافر شروط معينة قصد منها ضمان علانية الرهن. ويقصد بالغير هنا نفس المعنى المقصود به فى الرهن الرسمى، وهو كل من يتأثر بحق الدائن المرتهن فى الافضلية والتتبع، كالدائنين الذين لهم تأمين عينى على المال المرهون، والدائنين العاديين. ومن انتقل اليه المال المرهون أو اكتسب عليه حقاً عينياً كانتفاع.

وهناك شرط مشترك يجب توافره لنفاذ الرهن الحيازى فى حق الغير أيا كان الشئ المرهون، وهذا الشرط هو انتقال حيازة الشئ إلى حيازة الدائن المرتهن أو أجنبى يرتضيه المتعاقدان. وبالاضافة إلى هذا الشرط يلزم توافرشروط اخرى تختلف باختلاف موضوع الرهن، هل هو عقار أو منقول مادى أو دين. ولذلك سنقسم دراستنا لهذا الفصل الى مبحثين:

الأول: فى الشرط المشترك – الحيازة.

الثانى: الشروط الخاصة بأنواع الرهون المتعددة.

المبحث الأول

الشرط المشترك - الحيازة

يشترط لنفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير أن تنتقل الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن أو شخص ثالث يتفق عليه المتعاقدان. وانتقال الحيازة شرط عام فى جميع أنواع الرهن الحيازى مهما كان محله، أى سواء كان عقاراً أو منقولاً، مادياً أو ديناً.

وقد نصت المادة ١١٠٩ مدنى على أنه:

١- «يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهون فى يد الدائن أو الاجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان».

٢- «ويجوز ان يكون المرهون ضماناً لعدة ديون».

ولذلك نجد من بين التزامات الراهن التزامه بتسليم الشئ المرهون الى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان (م١٠٩٩). كما أن المادة ١١١٠ قد اعطت للدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون فى مواجهة الناس كافة، وإسترداد حيازته من الغير إذا خرج الشئ من يده دون ارادته أو دون علمه. ومع ذلك فان المادة ١١١٥ أجازت، استثناءً من شرط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن فى حق الغير، للدائن المرتهن أن يؤجر العقار الى الراهن نفسه ولكنه استبدل بشرط انتقال الحيازة شرطاً آخر هو شهر عقد الايجار.

وعلى ذلك فاننا سنعرض للحكمة من اشتراط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن فى حق الغير، ثم لمن تنتقل حيازة الشئ المرهون، والشروط الواجب توافرها فى الحيازة وأخيراً الاستثناء الخاص برهن العقار.

١٥٣- (أولا): الحكمة من شرط انتقال الحيازة:

هو أن انتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن أو الغير هو الذى يمكن الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون والحصول على غلته خصماً من حقوقه المضمونة بالرهن. وتبدو الحكمة من اشتراط نقل الحيازة فى المنقول

لنفاذ الرهن فى حق الغير هو أنها الوسيلة الوحيدة الممكنة لشهر الرهن واعلام الغير بوجوده، وذلك لأن بقاء الشئ فى يد الراهن من شأنه ان يخدع المتعاملين معه، حيث أنه ليس هناك أى وسيلة من شأنها اعلامهم بوجود الرهن. كما أن عدم نقل الحيازة الى الدائن المرتهن قد ييسر للراهن التصرف فى الشئ المرهون وتسليمه الى شخص حسن النية يستطيع ان يتمسك ضد الدائن المرتهن بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية» مما يؤدى هذا إلى الاضرار بحقوق المرتهن او تعريضها للخطر.

أما بالنسبة للرهن الوارد على عقار، فنظراً إلى أن الرهن، لا ينفذ فى حق الغير الا بالقيد.، فيبدو دور الحيازة باعتبارها وسيلة للشهر ضئيلاً أن لم يكون معدوماً، ولهذا فقد كان الأولى أن يكتفى المشرع بالقيد كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمى.

١٥٤- (ثانيا): لمن تنتقل الحيازة:

لا يلزم ان تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن نفسه، فيجوز ان تنتقل كما يظهر من نص المادتين ١٠٩٦، ١١٠٩ إلى اجنبى يرتضيه الطرفان. وحيازة الشئ المرهون بواسطة أجنبى بالاضافة إلى انها تمكن الدائن المرتهن من التخلص من التزامه بحفظ الشئ وادارته واستغلاله ورده، فهى تيسر رهن الشئ الواحد ضماناً لعدة ديون (م١١٠٩ / ٢). وفى هذه الحالة يحوز الاجنبى الشئ المرهون بالنيابة عن الدائنين المرتهنين جميعاً ولحسابهم. ومع هذا فانه يجوز فى حالة رهن الشئ ضماناً لعدة ديون، أن يحوز أحد الدائنين الشئ لحسابه وبالنيابة عن سائر المرتهنين.

١٥٥- (ثالثاً): الشروط الواجب توافرها فى الحيازة:

قد رأينا ان الحيازة باعتبارها شرطاً لنفاذ الرهن فى حق الغير تعتبر وسيلة للشهر اذ بها يعلم الغير أن الشئ مرهون، أو فى الاقل يشك فى وجود الرهن فيعمل على التحقق من صفة الحائز. ولهذا يجب أن تتوافر فى هذه الحيازة عدة شروط حتى تكون صالحة لتحقيق هذا الهدف. فيجب ان تكون ظاهرة ومستمرة.

١ - يجب أن تكون الحيازة ظاهرة، أى واضحة للكافة، بحيث لا يخفى أمرها على أحد. ويتم انتقال الحيازة باستيلاء الدائن المرتهن أو الغير الذى يتفق عليه مادياً على الشئ المرهون. أما اذا كان الشئ المرهون موجود من قبل تحت يد الدائن المرتهن أو الغير ولكن بصفة أخرى، كما لو كان مستأجراً، فان الحيازة تتمّ فى هذه الحالة بتغيير صفته، أى بالاتفاق على بقاء الشئ تحت يده بصفته دائناً مرتهناً أو بصفته حائزاً لحساب الدائن المرتهن، ويستوفى الرهن شرط نفاذه فى حق الغير. لكن لا يجوز الاتفاق على أن يتم انتقال السند مع بقاء الشئ تحت يد الراهن نفسه، كأن يتفق أن يظل الشئ المرهون فى يد الراهن على سبيل الايجار أو الاعارة. وأن ينوب عن المرتهن فى الحيازة، فمثل هذا الاتفاق لا يؤدى إلى انتقال الحيازة، ولا يتحقق به نفاذ الرهن فى مواجهة الغير. ويستثنى من هذا ما سنذكره بشأن تأجير العقار المرهون للراهن فى الرهن العقارى.

على أن شرط ظهور الحيازة لا يستلزم ان يحوز الدائن أو الاجنبى الشئ ذاته حيازة مادية حقيقية، فتكفى الحيازة الرمزية اذا تحققت بها السيطرة الفعلية على الشئ بطريقة واضحة لا غموض فيها، سيطرة تحول دون الراهن وامكان الاستفادة من الشئ فى زيادة ائتمانه. فاذا كان الشئ مودعاً فى مخزن أو مرسلاً فى الطريق، فتكفى حيازة المرتهن أو الغير لسند الايداع أو الشحن الذى يكفل لحائزه تسلم الشئ ومثال ذلك (م١٢٠/٢/ب، ٣/١٢٠ تجارى جديد)

ونظراً إلى أن الديون فى ذاتها تعتبر اشياء معنوية، فلا يمكن حيازتها الا عن طريق حيازة السندات المثبتة لها. وتكفى هذه الحيازة كشرط لنفاذ الرهن فى حق الغير.

٢ - والحيازة الظاهرة يجب أن تكون مستمرة، ويقصد بالاستمرار ألا يعود الشئ المرهون إلى يد الراهن. لكن ليس هناك ما يمنع الحائز، دائناً كان أو أجنبياً، من نقل الحيازة المادية الى غيره - عدا الراهن، وهذا لا يؤثر فى نفاذ الرهن فى حق الغير.

وذلك لأن رجوع الشئ المرهون الى يد الراهن يعتبر قرينة على انقضاء الرهن. ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز للدائن ان يثبت عسكها. لكن اثبات العكس يجب الا يضر بحقوق الغير، فاذا كان الراهن قد باع الشئ فى الفترة التى عادت فيها حيازته اليه، لاصلاحه مثلاً ، فلا يكون الرهن نافذاً فى حق المشترى، واذا كان أحد الدائنين العاديين قد شرع فى التنفيذ على الشئ وهو فى يد الراهن كان له أن يتجاهل وجود الرهن. وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠٠ مدنى.

١٥٦- (رابعاً): نفاذ الرهن العقاري بالرغم من تأجير العقار المرهون للراهن:

وقد نصت المادة ١١١٥ مدنى على أنه «يجوز للدائن المرتهن لعقار ان يؤجر العقار إلى الراهن دون ان يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير فاذا اتفق على الايجار فى عقد الرهن وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به فى هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً اذا جدد الايجار تجديداً ضمنياً» والحكمة من خروج المشرع على الأصل من أن الرهن العقارى لا ينفذ فى حق الغير إلا إذا انتقلت الحيازة على الوجه السابق بيانه، هو أن مصلحة الراهن والمرتهن قد تقتضى إستغلال العقار بواسطة الراهن وخصوصاً عندما تكون ارضاً زراعية فلذلك قد أجاز المشرع تأجير العقار إلى الراهن نفسه واشترط بدلاً من انتقال الحيازة شهر الايجار. ويكون شهر الايجار عن طريق ذكره فى قيد الرهن ذاته وذلك فى حالة اذا ما اتفق على الايجار فى عقد الرهن. وبالتأشير به على هامش القيد فى حالة ما اذا اتفق عليه بعد الرهن، وبذلك يتحقق العلم للغير بأن العقار المرهون موجود فى يد الراهن بصفته مستأجراً وأن هذا العقار لا يزال محملاً بالرهن.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة بأنواع الرهون المتعددة

١٥٧-تمهيد:

سبق ان رأينا أن الحيازة شرط مشترك لازم لنفاذ الرهن فى حق الغير أيا كان محله، مع ملاحظة الاستثناء الخاص بالرهن العقارى. وبالاضافة إلى انتقال الحيازة يلزم توافر شروط أخرى تختلف باختلاف الشئ المرهون.

١٥٨- (أولا): اشتراط القيد لسريان رهن العقار في حق الغير:

اذا كان الشئ المرهون عقاراً، فالشرط الاضافى الى جانب انتقال الحيازة هو القيد، فقد نصت المادة ١١١٤ مدنى على أنه «يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن، وتسرى على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى».

والحكمة من اشتراط القيد بالاضافة إلى انتقال الحيازة، أن وجود العقار فى يد الدائن المرتهن أو الاجنبى لا يكفى ليعلم الغير بحقيقة مركز العقار وأنه محمل بالرهن وذلك لامكانية حيازة الشخص لعقار مملوك لغيره لأسباب أخرى متعددة غير الرهن. كما أنه يمكن رهن العقار الواحد لضمان اكثر من دين فلابد من ايجاد وسيلة تتحدد بها مراتب الدائنين عند تعددهم. ولهذه الاسباب قد اختار المشرع القيد لشهر الرهن الحيازى، كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية التبعية الأخرى التى ترد على عقار. وعلى ذلك فان مرتبة الرهن تتحدد من وقت اجتماع الشرطين نقل الحيازة واجراء القيد. ولا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير الا ابتداء من وقت القيد.

وقد أحال المشرع الى الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى، ولذلك يكفى الرجوع الى ما سبق دراسته فى هذا الشأن. ومع ذلك يجب أن نأخذ فى الاعتبار ان الرهن الحيازى عقد رضائى فلا يلزم ان يقدم الى مكتب الشهر العقارى عند اجراء القيد عقد رسمى بل يكفى أن يقدم عقد الرهن عرفياً مصدقاً على الامضاءات فيه. كما أنه لا يلزم لمحو القيد برضاء الدائن

المرتهن أن يعبر الدائن عن رضاه بتقرير رسمى فيكفى أن يكون ذلك بتقرير عرفى مصدق فيه على الامضاء.

١٥٩-(ثانياً): اشتراط محرر ذي تاريخ ثابت متضمن تخصيص الدين والمرهون لنفاذ رهن المنقول المادي في حق الغير:

اذا كان الشئ المرهون منقولاً مادياً، فلا يكفى لنفاذه فى حق الغير انتقال الحيازة فقد نصت المادة ١١١٧ مدنى على أنه «يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن.

وعلى ذلك فان المشرع يشترط الى جانب انتقال حيازة المنقول أن يكون العقد مكتوباً والكتابة هنا ليست شرطاً لانعقاد عقد الرهن ولا لاثباته، وانما شرط لنفاذه فى حق الغير، ولهذا فهى لازمة أيا كانت قيمة الشئ المرهون أى ولو قلت قيمته عن خمسمائة جنيه[1]. ويجب أن تكون الورقة ثابتة التاريخ وهذا محض تطبيق للمادة ١٥ من قانون الإثبات[2]. والحكمة من هذا الشرط هو الحيلولة دون تواطؤالمدين الراهن مع الدائن المرتهن للاضرار بالغير. كان يعمد إلى تفضيل دائن على غيره بادعاء أنه مرتهن رغم أنه قد سلمه الشئ على سبيل الوديعة أو العارية أو الايجار، أو أن يغير فى بيانات الورقة بأن يقدم تاريخ الرهن أو يزيد فى مقدارالدين المضمون أو يستبدل بالشئ المرهون شئ آخر.

وتتحدد مرتبة الرهن بالوقت الذى يجتمع فيه الشرطان: انتقال الحيازة والورقة الثابتة التاريخ. فإذا تأخر انتقال الحيازة عن التاريخ الثابت فتتحدد

---

(١) طبقاً لآخر تعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٩٩٩/٥/٧.

(٢) لا يشترط القانون التجارى لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون مكتوباً أو أن تكون الورقة التى يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ (م ١/١٢٢ تجارى جديد).

المرتبة من وقت انتقال الحيازة، وبالعكس اذا كانت الحيازة سابقة على التاريخ الثابت فتتحدد المرتبة بوقت ثبوت التاريخ.

ويجب أن تتضمن الورقة البيانات اللازمة لتخصيص الرهن سواء من حيث الدين المضمون أو الشئ المرهون، فيجب ذكر مقدار الدين ومصدره وتاريخ نشوئه بحيث يمتنع الشك فى ذاتيته، وإذا كان الدين غير المحدد المقدار وقت تحرير الورقة كما لو قدم الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار فيجب ذكر الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين. كما يجب ذكر البيانات التى تكفى لتعيين ذاتية الشئ المرهون تعييناً نافياً للجهالة. وكفاية بيانات التخصيص متروك تقديرها لقاضى الموضوع - والمهم هو الا يكون من شأن النقص فى البيانات اتاحة فرصة التواطؤ بين الدائن المرتهن والراهن للاضرار بالغير.

١٦٠-(ثالثاً): نفاذ رهن الدين في مواجهة الغير:

لا يخضع رهن الدين فى سريانه على الغير لحكم واحد، بل يجب أن تفرق بين رهن الديون العادية، ورهن الديون الثابتة فى السندات الاسمية والسندات الاذنية والسندات لحاملها:

١- فبالنسبة للديون العادية، يجب لكى ينفذ الرهن فى حق المدين بالدين أن يعلن أو أن يقبل الرهن وفقاً لما هو مقرر فى المادة ٣٠٥ مدين بشأن نفاذ حوالة الحق فى مواجهة المدين (م ١١٢٣ / ١ مدنى). أما بالنسبة للغير فان رهن الدين لا ينفذ فى حقه الا بتوافر شرطين:

الأول: حيازة المرتهن لسند الدين المرهون.

والثانى: أن يكون الرهن نافذاً فى حق المدين باعلانه أو قبوله، ويشرط أن يكون للقبول تاريخ ثابت اذا نفذ الرهن فى حقه عن طريق القبول (م١١٢٣/٢مدنى). فاذا نفذ حقه عن طريق الاعلان فان له تاريخاً ثابتاً اذ هو اعلان رسمى.

وتتحدد مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت لقبول المدين أو اعلانه، اذا كان الدائن المرتهن قد تسلم سند الدين المرهون قبل ذلك. أما اذا حصل تسليم السند فى تاريخ لاحق للتاريخ الثابت للقبول أو الاعلان، كانت مرتبة الرهن من تاريخ التسليم، والأصل ان يفترض أن الحيازة قد تمت مع الاعلان أو القبول أو قبله، وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك.

٢- أما بالنسبة للسندات الاسمية والسندات الاذنية، فقد نصت المادة ١١٢٤ مدنى على أن «السندات الاسمية والسندات الاذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، ويتم الرهن دون حاجة الى اعلان». وعلى ذلك فان السندات الاسمية ترهن بمقتضى تنازل يذكر فيه أنه على وجه الضمان يؤشر به على الصك نفسه ويقيد فى سجلات المؤسسة التى أصدرت السندات وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ ذلك القيد. أما السندات الاذنية فترهن بتظهير يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان، فإذا تم هذا فيصبح الرهن نافذاً فى حق الغير بشرط انتقال حيازة السند نفسه دون حاجة إلى اعلان[1].

٣- بالنسبة للسندات لحاملها، فهى تعامل معاملة المنقولات المادية، وقد نصت على ذلك المادة ١١١٨ مدنى، وعلى ذلك لا ينفذ رهن السندات لحاملها فى حق الغير الا اذا دون الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المال المرهون والحق المضمون بياناً كافياً وذلك بالاضافة إلى نقل حيازة هذه السندات الى الدائن المرتهن.

---

(١) قارن المادة ١٢١ تجارى جديد.

الفصل الثالث

آثار الرهن الحيازي

ونتكلم عن آثار الرهن الحيازى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

المبحث الأول

آثار الرهن الحيازي بين المتعاقدين

عقد الرهن الحيازى، على خلاف الرهن الرسمى، من العقود الملزمة لجانبين فيلتزم كل من طرفيه الراهن والمرتهن بالتزامات فى مواجهة الآخر. ولا يترتب على الرهن حرمان الراهن من ملكيته للشيء المرهون، فيبقى متمتعاً بمزايا الملكية إلا ما يتعارض منها مع حقوق المرتهن. كما أن المرتهن يكسب بمقتضى العقد حقاً عينياً على الشيء يخوله سلطات معينة. ولذلك سنعرض لالتزامات وحقوق كل من الراهن والمرتهن على التوالى.

المطلب الأول

آثار الرهن بالنسبة للراهن

سنتكلم أولاً عن التزامات الراهن ثم نعرض بعد ذلك لما له من حقوق.

أولاً: التزامات الراهن

يلتزم الراهن بمقتضى عقد الرهن بأن يعطى حق الرهن، وأن يسلم المال المرهون إلى المرتهن، ويضمن سلامة الرهن ونفاذه، ويضمن هلاك المرهون أو تلفه.

١٦١- (١) التزام الراهن بإعطاء الرهن:

ينشئ عقد الرهن بمجرد انعقاده حق الرهن فيما بين عاقديه، وذلك متى كان الشيء المرهون شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للراهن (م ٢٠٤ مدنى) ولا يبقى بعد ذلك إلا إتخاذ الإجراءات اللازمة لنفاذه فى حق الغير.

فإذا لم يكن الشيء المرهون معيناً بالذات، نشأ فى جانب الراهن التزام باعطاء الرهن، ويتحصل هذا الالتزام فى القيام بكل ما هو ضرورى لنشوء حق الرهن. فإذا كان المرهون أشياء مثلية معينة بالنوع فقط التزم الراهن بافرازها، وإلا كان مخلاً بالتزامه، فيسقط الأجل على أساس عدم تقديم التأمينات الموعود بها ويلتزم بالتعويض أن كان له محل.

١٦٢- (٢) التزام الراهن بتسليم المال المرهون :

لم يعد التسليم ركن فى عقد الرهن الحيازى فى القانون المدنى، فقد أصبح التسليم التزام على الراهن كما يظهر من تعريف عقد الرهن (م ١٠٩٦ مدنى) كما أن المشرع قد عرض لهذا الالتزام فى المادة ١٠٩٩ فنص على أنه:

١- «على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه».

٢- «ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع».

ويلعب التسليم فى عقد الرهن الحيازى دوراً هاماً، إذ به تتحقق حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون وهى شرط لازم لانفاذ العقد فى حق الغير، كما أنه يمكن المرتهن من استغلال الشيء وخصم الغلة مما يستحقه فى ذمة المدين. ويكون التسليم للمرتهن أو لشخص أجنبى إذا اتفق المتعاقدان على هذا، ويطلق على هذا الأجنبى اصطلاح (العدل).

وبمقتضى الإحالة إلى أحكام التسليم فى البيع، ومع مراعاة الغرض من التسليم فى الرهن، تسرى الأحكام الآتية :

١- فيما يتعلق بمحل التسليم، يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون وملحقاته بالحالة التى كانت عليها وقت الرهن (م ٤٣١، ٤٣٢ مدنى).

٢- وفيما يتعلق بوقت التسليم ومكانه، يكون التسليم فى الوقت والمكان

المتفق عليه، (م ٤٦٣)، فإذا لم يوجد اتفاق فيكون التسليم واجباً فور التعاقد وفى مكان وجود الشىء إن كان معيناً بالذات وفى موطن الراهن وقت الوفاء إن كان معيناً بالنوع (م ٣٤٦، ٣٤٧ مدنى).

٣- فيما يتعلق بكيفية التسليم، فيكون بوضع الشىء المرهون تحت تصرف المرتهن أو الأجنبى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً، ما دام الراهن قد أعلمه بذلك (م ٤٣٥ مدنى). وهذا هو التسليم القانونى الذى يبرئ ذمة الراهن من التزامه لكن يجب ملاحظة أن عدم استيلاء الدائن أو الأجنبى على الشىء استيلاءً مادياً يحول دون تحقق شرط الحيازة اللازم لنفاذ الرهن فى حق الغير.

والقاعدة أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء (م ٤٣٥) فإذا كان الشىء مادياً فلا صعوبة إذا تم التسليم بنقل حيازته فعلاً. أما بالنسبة للتسليم الحكمى وهو الذى يتم بمجرد التراضى دون نقل الحيازة المادية، فيجب أن نفرق بين صورتين:

الأولى: إذا بقى الشىء فى يد الراهن ولكن بسند آخر كالإيجار أو العارية فالأصل أن هذا لا يبرئ ذمة الراهن ويحق للدائن المرتهن أن يطلب التسليم الفعلى حتى يجعل الرهن نافذاً فى حق الغير. ويستثنى من هذا الأصل حالة ما إذا كان المرهون عقاراً واستبقى الراهن حيازته على سبيل الإيجار بشرط شهر الإيجار كما رأينا من قبل.

والثانية: هى أن يكون الشىء من قبل فى حيازة الدائن المرتهن (أو شخص أجنبى)، لسبب آخر كالإيجار أو العارية ويتفق على أن تبقى له الحيازة ولكن على سبيل الرهن، وهنا يكفى هذا التسليم لبراءة ذمة الراهن ونفاذ الرهن فى حق الغير.

وإن كان المرهون ديناً فيكون التسليم بنقل حيازة السند المثبت لهذا الدين.

فإذا أخل الراهن بالتزامه بالتسليم أمكن جبره على التنفيذ إن كان ممكناً وفقاً للقواعد العامة، فإذا تعذر التنفيذ العينى أمكن فسخ العقد والتمسك بسقوط أجل الدين المضمون بالرهن مع التعويض إن كان له مقتضى[١].

١٦٣- (٣) الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

تنص المادة ١١٠١ مدنى على أنه «يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشئ المرهون».

وعلى ذلك فبمقتضى هذا الالتزام يجب على الراهن أن يقوم بما يلزم من جانبه لجعل الرهن نافذاً فى حق الغير، كالقيام بتقديم المستندات اللازمة لإجراء القيد والتصديق على توقيعه إن كان الشىء المرهون عقاراً، وكذلك تحرير عقد رهن المنقول كتابة على الوجه اللازم لنفاذه فى حق الغير، وما إلى ذلك من إجراءات وشروط لازمة لنفاذ الرهن وذلك بحسب طبيعة الشىء المرهون كما سبق أن رأينا.

كما يلزم الراهن بالامتناع عن كل عمل مادى أو قانونى يمس سلامة الرهن أو نفاذه فعليه أن يحافظ على الشىء إلى أن يتم تسليمه ليبقى على الحالة التى كان عليها وقت العقد، وعليه أن يمتنع على اتلافه ولو تم التسليم، وعليه أن يمتنع عن التصرف فى الشىء للغير تصرفاً يضر بالدائن المرتهن، مثل التصرف فى المنقول المرهون إلى شخص حسن النية قبل التسليم بالبيع أو الرهن مثلاً وتمكين المتصرف إليه من حيازة الشىء المرهون إذ يترتب على ذلك تفضيل المتصرف إليه على المرتهن.

وقد واجه المشرع الإخلال بهذا الإلتزام بطريقتين، الأولى أن زود الدائن

---

(١) أنظر فى مزيد من تفصيل هذه الاحكام، نبيل سعد، العقود المسماه، عقد البيع، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٣٠، ما بعدها.

المرتهن بوسائل عاجلة للمحافظة على الشيء المرهون، والثانية أن قرر بعض الجزاءات القانونية:

يستطيع الدائن المرتهن إذا صدر من الراهن عمل يمس سلامة الرهن أن يتخذ بعض الاجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون، ويكون ذلك على نفقة الراهن، وقد سبق أن رأينا ذلك أيضاً بصدد الرهن الرسمي (م ١٠٤٧ مدني) . وتظهر أهمية هذه الوسائل في الحالة التي لا يكون الدائن قد تسلم فيها الشيء المرهون بعد، كأن يقطع الدائن التقادم المكسب الساري لمصلحة الغير الذي يحوزه . وذلك قبل أن يتسلم الشيء. وأيضاً في حالة ما إذا وقع تعرض من جانب الراهن وذلك بعد أن تسلم الدائن الشيء المرهون، كأن يشرع الراهن في إقامة حائط على أرض مجاورة يؤدي إلى الاعتداء على حق ارتفاق مقرر للعقار المرهون، فللدائن أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة .

فإذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه، كما إذا تلفت العين أو خربت أو استحقت للغير، جاز للدائن أن يطلب فسخ الرهن: وعندئذ يسقط أجل الدين ويصبح واجب الأداء فوراً، كما يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، عن طريق تقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة الشيء المرهون أو بدفع مقابل ما نقص من الرهن على أن يخصم هذا المبلغ من الفوائد وأصل الدين.

١٦٤- (٤) الالتزام بضمان هلاك الشيء المرهون أو تلفه :

وقد نصت المادة ١١٠٢ على أنه :

١- «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة».

٢- «وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق.

ونحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الشأن بصدد الرهن الرسمي.

ثانيا:حقوق الراهن على الشيء

لا يترتب على الرهن إنتقال ملكية المرهون من الراهن إلى المرتهن، بل تظل له الملكية وذلك مع بعض القيود، كما تبقى للراهن حيازة حق الملكية. وعلى ذلك فلنتكلم عن هاتين النقطتين:

١٦٥- (١) ملكية الراهن للمال المرهون:

إن ملكية المرهون تظل للراهن، فيجوز أن يباشر من سلطات المالك ما لا يتعارض مع حقوق الدائن المرتهن. فيجوز له أن يتصرف في المال المرهون تصرفاً قانونياً بنقل ملكية الشيء المرهون أو ترتيب حق عيني عليه، ما دام التصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن، بأن يكون بعد نفاذ الرهن في مواجهة الغير، وعلى ذلك فله أن يرهنه رهناً رسمياً أو رهنا حيازياً آخر تالياً في المرتبة للرهن الأول.

ومن تطبيقات حق الراهن في التصرف في الشيء المرهون تصرفاً لا يضر بالدائن المرتهن، ما نصت عليه المادة ١١٢٠ مدني بخصوص رهن المنقول، من أنه "يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن".

أما بالنسبة للتصرفات المادية فيمتنع على الراهن القيام بها إذا كانت تؤدي إلى المساس بسلامة الشيء المرهون، فإذا لم يكن من شأنها المساس به فللراهن أن يقوم بها، وإذا اعترض عليها الدائن المرتهن فيكون للقضاء سلطة الفصل فيما إذا كان من شأن ما يرغب الراهن في القيام به المساس بسلامة الرهن أم لا.

أما سلطة الاستعمال والاستغلال، فسنرى أن الدائن المرتهن هو الذي يباشرهما على أن يخصم الغلة من مستحقاته.

١٦٦- (٢) حيازة المال المرهون :

وكما تبقى الملكية للراهن، تبقى له حيازة حق الملكية بالرغم من وجود الشىء فى يد المرتهن أو فى يد الأجنبى الذى يتفق عليه، لأن المرتهن أو الغير يحوز حق الرهن فقط، وتعتبر حيازته بالنسبة للملكية حيازة عارضة. ويترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يكتسب ملكية الشىء المرهون بالتقادم مهما طالت مدة حيازته، إلا إذا غير سبب هذه الحيازة بما يعتبر معارضة لحق المالك وفقاً لنص المادة ٩٧٢ . وكذلك إذا كان الراهن غير مالك ويحوز الشىء المرهون، وتوافرت شروط كسب الملكية بالتقادم، تم التقادم لمصلحته لا لمصلحة الدائن المرتهن.

المطلب الثاني

التزامات المرتهن وحقوقه

وقد سبق أن بينا أن عقد الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين، وقد ترتب على ذلك أن التزامات وحقوق الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى أوسع منها فى الرهن الرسمى. والسبب الرئيسى فى اتساع نطاق حقوق والتزامات الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى هو ما يستلزمه هذا الرهن من نقل للحيازة، وبالتالى فإنه ينشأ على عاقته التزام بالمحافظة على المرهون وضمانه، والتزام بإدارة هذا الشىء واستثماره، وفى النهاية التزام برد هذا الشىء بعد أن يستوفى كامل حقه. وفى الجانب المقابل فإن للدائن المرتهن حق فى التنفيذ على الشىء المرهون لاستيفاء حقه، كما أننا سوف نعرض عند الكلام عن التزاماته ما للدائن المرتهن من حق فى خصم الغلة مما يستحقه.

أولاً: التزامات المرتهن

قد سبق أن رأينا ما يقع على عائق الدائن المرتهن من التزامات، ومدى ارتباطها بحيازة الشىء المرهون. وعلى ذلك فإذا اتفق على أن يكون التسليم لأجنبى يتفق عليه المتعاقدان، فهذه الالتزامات لا تكون على الدائن المرتهن بل على الأجنبى إذا ما تسلم الشىء.

ونظراً إلى أن الدائن المرتهن إذ يتسلم الشيء المرهون لا يعمل لمصلحة الراهن فقط وانما لمصلحته أيضاً، فيجب أن يبذل في تنفيذ التزاماته عناية الرجل المعتاد. أما إذا كان تسليم الشيء المرهون لأجنبي، فإن كان مأجوراً فيجب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد، أما إذا لم يتقاضى أجراً فلا يلتزم إلا بما يلتزم به الوكيل غير المأجور فيكون عليه أن يبذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف بأزيد من عناية الرجل المعتاد.

وقد نظم المشرع التزامات الدائن المرتهن على أساس الفرض العادي حيث يكون هو الذي تسلم الشيء المرهون، وسنعرض لهذه الالتزامات على هذا الأساس على أن يكون مفهوماً أن الذي يلتزم بها عندما يكون الشيء في يد أجنبي هو ذلك الأجنبي.

١٦٧- (أ) الالتزام بحفظ الشيء وصيانته :

تنص المادة ١١٠٣ على أنه «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه».

وعلى ذلك فإن المشرع قد طبق الأصل العام الوارد في المادة ٢١١ مدني والذي يقضي بأن كل من يلتزم بحفظ شيء عليه أن يبذل في تنفيذ التزامه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. وعلى ذلك فإن التزام الدائن المرتهن هو التزام يبذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكفي أن يبذل الدائن المرتهن في حفظ الشيء وصيانته ما يبذل الشخص المعتاد لا ما يبذله من عناية في شأن أمواله الخاصة. وعلى ذلك فإن المعيار هنا معيار موضوعي لا شخصي. وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع وذلك لأن مضمون هذا الالتزام يختلف باختلاف الأحوال، بحسب ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً مادياً أو معنوياً، وأيضاً يختلف باختلاف الظروف، وعلى ذلك فإذا كانت العين عند استحقاق ردها وجدت

بحالة تختلف عن الحالة التى يجب ردها عليها فإن الراهن يثبت أن المرتهن لم يبذل فى حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد حتى تتحقق مسئوليته عن الاخلال بالتزامه بالمحافظة والصيانة. أما إذ عجز أصلاً عن رد الشيء المرهون وذلك لهلاكه أو لتلفه لدرجة لا تسمح له برده فإنه يكون مسئولاً عن ذلك ويلزم الدائن المرتهن بالتعويض ما لم يثبت أن هذا الهلاك أو التلف راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد له فيه(1).

ويدخل فى مضمون الالتزام بالحفظ واجب الدائن المرتهن فى المبادرة باخطار الراهن بما يهدد الشيء المرهون بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة وواجبه فى ألا يتصرف فى الشيء المرهون. مقتضى التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء، أنه يجب عليه أن يدفع النفقات اللازمة للحفظ والصيانة على أن يرجع بها على الراهن. وإذا كانت نفقات الحفظ والصيانة مما لا يستطيع الدائن المرتهن القيام بها فإنه يجوز له أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن (م ١١١٦/٢ وإن كانت خاصة بالرهن العقارى فإنه يجب تعميم حكمها ليسرى على كل صور الرهن).

وقد جاء المشرع بتطبيقات خاصة لالتزام الدائن بالحفظ والصيانة. فنجده بصدد الرهن العقارى قد أورد نص المادة ١١١٦/١ والذى يقضى بأن «على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد ا لعقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه. وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف، على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يخولها له القانون» والتزام المرتهن بدفع الضرائب والتكاليف ليس إلا تطبيقاً لالتزامه بالحفظ، ولهذا يلتزم به مرتهن المنقول.

كما أن المشرع قد طبق هذا أيضاً بالنسبة لرهن الدين فنص فى المادة

(1) أنظر فى تفسير هذا النص سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨٨، ص ٤٤٥ وبصفة خاصة ص ٤٤٧.

٢/١١٢٦ مدني على أنه «ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون، فإذا كان له أن يقتضي شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء، وأن يبادر باخطار الراهن بذلك».

وتطبيقاً لهذا الالتزام يجب على الدائن المرتهن، كما تقول المذكرة الإيضاحية، أن يقطع التقادم، وأن يقيد الرهن الذى يضمن الدين المرهون وأن يجدد القيد.

١٦٨- (ب) الالتزام بإدارة الشيء واستثماره:

وسنرى على التوالي كلاً من التزامه بادارة الشئ، والتزامه باستثماره.

١٦٩- (١) التزام المرتهن بإدارة الشيء المرهون:

وقد نصت المادة ١١٠٦ مدني على أنه:

١ - «يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد. وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن. ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله».

لا يقتصر واجب الدائن المرتهن على حفظ الشيء وصيانته، بل يجب عليه أن يتولى إدارته بعناية الرجل المعتاد. وإدارة الشيء يجب أن تكون بما يلائم طبيعته والغرض الذى أعد له. فإذا كان المرهون مبنى، فتكون الإدارة بسكناه أو تأجيره للسكنى، وإذا كان أرضاً زراعية فتكون الإدارة بزراعتها اما بواسطة المرتهن نفسه أو بواسطة من يؤجرها له. ويجب أن تكون الإدارة بعناية الرجل المعتاد، فلا يجوز للمرتهن أن يخرج على أعمال الإدارة المعتادة بتغيير تخصيص الشيء المرهون، إلا برضاء الراهن. فليس له أن يحول المنزل المرهون إلى فندق، ولا الحديقة إلى أرض زراعية. وعليه أيضاً أن يقوم باخطار الراهن بكل أمر يستوجب تدخله.

وإذا كانت إدارة الشيء التزاماً على الدائن لمصلحة الراهن، فهي تحقق

فى الوقت نفسه مصلحة المرتهن إذ يحصل على الغلة خصماً من مستحقاته. ولذلك ليس له أن يتقاضى أجراً عن الإدارة إلا إذا اتفق على ذلك.

فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه، فلم يبذل فى إدارة الشىء عناية الرجل المعتاد كان للراهن أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة، بالإضافة إلى ذلك عرض المشرع لبعض صور الإخلال بالالتزام المقرر وللجزاءات الخاصة بذلك فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدنى على أنه (إذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشىء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك اهمالاً جسيماً، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشىء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فوائد ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين) وعلى ذلك فإذا أساء الدائن المرتهن استعمال حق الإدارة أو أدار الشىء إدارة سيئة، أو ارتكب فى ذلك اهمالاً جسيماً فإن للراهن الخيار بين أمرين: الأول: أن يطلب من القضاء وضع الشىء تحت الحراسة ليتولى الحارس الذى يعينه القاضى إدارة الشىء. الثانى: أن يطلب استرداد الشىء مقابل دفع ما عليه من دين سواء كان الأجل قد حل أم لا. ففى حالة عدم حلول الأجل فإنه يجب أن نفرق فيما يتعلق بما يجب دفعه، بين ما إذا كان الدين بفائدة أو لا، فإذا كان منتجاً لها فيجب على الراهن أن يدفع ما بقى عليه من أصل الدين والفوائد عن المدة حتى تاريخ الدفع، وإذا لم يكن منتجاً لفوائد، فالمشرع يفترض أن الفائدة متضمنة فى أصل الدين فيجب أن يخصم من الباقى من أصل الدين الذى يلتزم الراهن برده قيمة الفائدة بالسعر القانونى عن المدة الباقية، أى عن المدة ما بين الوفاء واليوم الذى كان محدداً لحلول أجل الدين وذلك كتعويض للراهن عن الوفاء قبل حلول الأجل أى عن حرمانه من الأجل المعين أصلاً للوفاء.

١٧٠- (٢) التزام المرتهن باستثمار الشيء المرهون:

ان واجب الدائن المرتهن فى إدارة الشىء المرهون بعناية الرجل المعتاد يقتضى، إذا كان الشيء مثمراً، أن يقوم باستثماره بنفسه عن طريق استعماله أو بواسطة الغير عن طريق تأجيره. وقد نصت المادة ١١٠٤ على أنه :

١- ليس للدائن أن ينتفع بالشىء المرهون دون مقابل.

٢- وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك.

٣- وما حصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده من استعمال الشىء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشىء وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين»[١].

وعلى ذلك فإن على الدائن استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً، ما لم يتفق على غير ذلك. فالاستثمار ليس مجرد حق للمرتهن بل هو واجب عليه، فإن ترك الشىء بدون استثمار أو لم يستثمره استثماراً كاملاً كان مسئولاً عن تقصيره. والمرتهن يستثمر الشىء فيما أعد له، والمعيار الذى يحدد مسئوليته عن الاستثمار هو معيار الرجل المعتاد. وما دام الاستثمار يتعلق بمصالح الطرفين، فليس هناك ما يمنع من اتفاقهما على ترك الشىء دون استثمار.

وما يحصل عليه الدائن المرتهن من ريع يكون للراهن باعتباره مالك الشىء، ولهذا فإذا استعمل الدائن المرتهن الشىء بنفسه فهو يستعمله بالمقابل الذى يقدر بواسطة أهل الخبرة عند الخلاف وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام فإذا اتفق على أن يكون استعماله دون مقابل كان الاتفاق باطلاً. والحكمة من ذلك هو الحيلولة دون حصول الدائن المرتهن على فوائد ربوية فى صورة انتفاع بالشىء بدون مقابل.

---

(١) قارن نص المادة ١٢٥ تجارى جديد.

وإذا كان صافى الريع الذى يحصل عليه الدائن المرتهن من استغلال الشىء أو مقابل استعمال الدائن له حقاً للراهن، فللمرتهن أن يخصمه مما يستحقه ولو لم يحل الأجل، وفى هذا يخرج المشرع على القاعدة العامة فى المقاصة حيث لا يتحقق إلا إذا كان الدينان مستحقى الأداء (م ٣٦٢ مدنى)، ويكون الخصم وفقاً لترتيب معين، فتخصم (أولاً) مصروفات حفظ الشىء وإصلاحه (ثانياً) المصروفات الأخرى التى أدخلها المشرع فيما يضمنه الرهن بمقتضى المادة ١١١١ مدنى وهى مصروفات العقد الذى أنشأ الدين المضمون بالرهن ومصروفات عقد الرهن وقيده إذا كان الرهن عقارياً والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ عقد الرهن كمصروفات نقل الحيازة (ثالثاً) الفوائد التى تسرى على أصل الدين، سواء كانت اتفاقية أو قانونية على الوجه الذى سنبينه (رابعاً) ويخصم أخيراً ما يتبقى من أصل الدين. ويقضى هذا الخصم إلزام الدائن المرتهن بتقديم حساب مفصل للراهن حتى يستطيع هذا الأخير أن يتبين ما إذا كان الخصم على أساس سليم أم لا وأن المبلغ المذكور فى خاتمة الحساب يعبر تعبيراً صحيحاً عن حقيقة صافى الريع. وإذا كان الشىء المرهون فى يد أجنبى اتفق عليه المتعاقدان وقت الرهن، أو فى يد حارس عينته المحكمة وفقاً لنص المادة ١١٠٦، فيكون على هذا الشخص أن يسلم للدائن المرتهن صافى الريع خصماً مما يستحقه على النحو السابق.

١٧١- المقاصة بين غلة المرهون والفوائد :

سبق أن رأينا أن للدائن المرتهن أن يخصم صافى الريع أو مقابل استعماله للشىء المرهون من الفوائد بعد المصروفات بنوعيها. ولكن كيف يتم خصم هذه الفوائد؟ فإن الأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة :

الأول: إذا اتفق الطرفان على فوائد الدين المضمون بسعر معين، صح هذا الاتفاق فى حدود الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية أى ٧٪، ويكون للدائن أن يحصل على هذه الفوائد خصماً من الغلة بعد خصم المصروفات بنوعيها.

الثاني: إذا اتفق الطرفان على أن تكون غلة الشيء المرهون كلها أو بعضها للدائن المرتهن في مقابل الفوائد. فإن هذا الاتفاق جائز في حدود أقصى مايسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية أي ٧٪ (م ١١٠٥/١) وعلى ذلك فإذا كانت الغلة المتفق على منحها للدائن تساوى الفائدة بسعر ٧٪ فتكون كلها للدائن، وإذا كانت أقل فتكون أيضاً للدائن وليس له أن يطلب أكثر منها. وإذا كانت الغلة أكثر من ذلك فلا يكون للدائن منها إلا ما يساوى الفائدة على أساس ٧٪، وتكون الزيادة للراهن على أن يخصمها الدائن المرتهن مما هو مستحق له من مصروفات وأصل الدين. والمقصود بالغلة هو صافى الغلة أى بعد خصم مصاريف الإدارة ونفقات الإنتاج. والحكمة من هذا التحديد هو الحيلولة دون أن يأخذ الدائن المرتهن فوائد ربوية عن طريق الاتفاق دون تحديد لسعر فائدة وجعلها مقابل الغلة كلها أو بعضها.

الثالث: إذا لم يتفق الطرفان على سعر الفائدة ولا على جعل الغلة للدائن فى مقابل الفائدة، وكان الشيء المرهون ينتج ثماراً وإيراداً، فيحسب للدائن الفوائد على أساس السعر القانونى (٤٪ فى المواد المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) على ألا يتجاوز قيمة الثمار (م ١١٠٥/٢ مدنى) فإذا كانت قيمة الغلة أقل من الفائدة القانونية فلا يلزم المدين بتكملة الفائدة. وذلك على أساس أن سكوت الدائن عن تحديد سعر فائدة فى هذه الحالة يعد بمثابة رضاء منه بالاكتفاء بالغلة مقابل الفوائد. والفائدة عند السكوت تحسب على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار. ولكن كيف يتم خصم الفوائد من الغلة فى هذا الفرض، يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان اتفق الأطراف فى هذا الفرض على أجل لحلول الدين فإن للدائن أن يطالب المدين عند حلول الأجل بجميع ما يتبقى له من دين بعد خصم صافى الغلة على الترتيب السابق.

الحالة الثانية: إذا لم يتفق الأطراف على أجل لحلول الدين، وعندئذ تحسب الفوائد كما قدمنا، فإذا بقى شيء من الثمار خصم من أصل الدين،

ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا عن طريق استنزاله من فائض الثمار – ولكن هذا لايمنع المدين الراهن من أن يدفع ما بقى من أصل الدين فى أى وقت أراد ويسترد العين المرهونة. وإذا فرض أن الثمار لا يبقى منها شىء لسداد أى جزء من أصل الدين فإن أصل الدين يبقى دون أن يسدد منه شىء حتى يتفق الطرفان على تسديده، فإن لم يتفقا، اعتبر الدين غير محدد الأجل، فيحدد القاضى أجلاً لحلوله مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه[1] ويستطيع المدين أن يوفى بالدين فى أى وقت يشاء، متى استطاع ذلك، فيسترد العين المرهونة.

١٧٢- الاستثمار والخصم في حالة رهن الديون :

للمرتهن للدين أن يقبض غلة الدين المرهون، فيستولى على الفوائد التى تحل بعد الرهن، وعلى كل الاستحقاقات الدورية التى ينتجها، على أن يخصم كل ذلك من المصاريف ثم الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن (م ١١٢٦/١ مدنى) وهذا تطبيق للقواعد العامة.

فإذا حل أجل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلى المرتهن والراهن معاً. ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه، وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن. مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن، (م ١١٢٨).

وعلى ذلك فإذا اتفق الراهن والمرتهن على قبض الدين المرهون، وهما أصحاب المصلحة فيه، فليس للمدين أن يمتنع عن الوفاء لهما. فإذا لم يتفقا على القبض فقد يتفقا على طريقة استغلال ما يوفيه المدين أو على تصفية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٢٠.

مركز كل منهما بصفة عامة. أما إذا لم يتفقا على شيء من ذلك، فإن المدين يودع ما عليه باسمهما معاً وذلك حتى تبرأ ذمته، بل يكون لكل منهما أن يلزمه بالإيداع. فإذا تم الإيداع انتقل حق الدائن المرتهن إلى ما تم إيداعه تطبيقاً لفكرة الحلول العينى. وفى هذه الحالة قد يتفق الدائن والراهن على طريقة الاستغلال بشرط ألا يضر بالدائن المرتهن. فإذا لم يتفقا فإن القاضى يفصل بينهما طبقاً لنص المادة ٢/١١٢٨ مدنى.

إذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون، فللمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين، أو أن يبيعه، أو أن يتملكه وفقاً للمادة ٢/١١٢١ مدنى (م١١٢٩ مدنى)(١).

١٧٢- صفة الدائن المرتهن في استثمار المرهون :

إذا كان الدائن المرتهن ملتزم بإدارة الشيء المرهون واستثماره فما هى صفته فى إدارة الشيء واستثماره، هـل يعتبر نائباً عـن الراهـن أم أصيلاً عن نفسه؟.

بعض الفقهاء يرى أن الدائن يعتبر نائباً عن الراهن، وذلك لأن عقد الرهن يتضمن توكيلاً من الراهن إلى المرتهن بالإدارة والاستغلال وقبض الريع، وعليه أن يقدم للراهن حساباً مفصلاً عن ذلك،(٢) وحاول البعض تفادى الانتقادات التى يمكن أن توجه إلى فكرة الوكالة، فقال بفكرة النيابة القانونية(٣).

ويذهب الفقه الغالب إلى أن الدائن المرتهن يقوم بالاستثمار أصيلاً عن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٨٠.

(٢) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ١٣٩، انظر أيضاً نقض ١٧ فبراير ١٩٣٨، مجموعة محمود عمر، جـ٢ ص ٢٩١، ١٣ نوفمبر ١٩٥٠، مجموعة محكمة النقض، السنة الثانية، رقم ١٨ ص ٩٣.

(٣) سليمان مرقس، المرجع السابق، رقم ٢٩١ ص ٤٥٣.

نفسه بمقتضى سلطة يخولها إياه حقه العينى[1]. وقد انتقد بعض الفقهاء الرأى الأول على أساس أن القول بالوكالة يفترض انصراف نية الطرفين إليها وقلما تتحقق هذه النية، كما أن القول بفكرة النيابة تتعارض مع نص المادة ١١١٥ مدنى والتى تجيز تأجير العقار المرهون إلى الواهن نفسه إذا كيف يعتبر الراهن مؤجراً ومستأجراً فى الوقت نفسه، كما أن النيابة لا تفيد فى تحديد مركز الدائن المرتهن عندما يستغل الشىء المرهون بنفسه لأن المسلم به أن النيابة تكون فى التصرفات القانونية وقيام الدائن المرتهن بالاستغلال بنفسه يعتبر عملاً مادياً[2].

وتظهر أهمية الخلاف بين الرأيين من الناحية العملية فى بيان حكم الإيجار الذى يعقده الدائن المرتهن أثناء الرهن ومدى الاحتجاج به فى حق الراهن إذا ماانقضى الرهن قبل انقضاء مدة الإيجار. الرأى الأول ذهب إلى تطبيق نص المادة ٥٥٩ ومقتضى هذا النص أن الإيجار الذى يزيد عن ثلاث سنوات لا ينفذ فى حق الراهن بعد انقضاء الرهن، أما إذا كانت مدة الإيجار لا تجاوز ثلاث سنوات نفذ بكامل مدته حتى بعد انقضاء الرهن. بعض الفقهاء من الرأى الثانى والقائل بأن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه فى الاستثمار ذهب إلى تشبيه الإيجار الصادر منه بالإيجار الصادر من صاحب حق الانتفاع وطبقاً لنص المادة ٥٦٠ مدنى ينقضى الإيجار إذا انقضى حق الانتفاع ما لم يقره مالك الرقبة، وعلى ذلك فإن الإيجار الذى يعقده المرتهن ينقضى بانقضاء الرهن أياً كانت مدته ما لم يقره الراهن[3].

ومع ذلك فنحن نؤيد الرأى القائل أن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه فيما يقوم به من أعمال فى سبيل إدارة الشىء المرهون واستثماره إلا أننا

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٨ ص ٢٣٤، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٤ ص ٢٥٩، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٩٠، ص ٥٢٦، توفيق فرج. المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٦، ص ٦١٢ وما بعدها.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٦ ص ٦١٧.

نرى مع ذلك تطبيق المادة ٥٥٩ على مايعقده الدائن من إيجارات، لأنها لا تستلزم أن يكون من عقد الإيجار نائباً وإنماتنص على أنه؟ لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة..» والدائن المرتهن يملك هذا الحق طبقاً لنص المادة ١١٠٦ مدنى ولا يملك أكثر من ذلك(١).

١٧٤- (جـ) الالتزام برد الشيء المرهون :

وقد نصت المادة ١١٠٧ مدنى على أنه «يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات». إذا كان النص لم يشر إلا إلى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون بعد استيفاء حقه، إلا أن الالتزام بالرد يقوم حيث ينقضى الرهن سواء كان انقضاؤه بصفة تبعية أو بصفة أصلية. كما يستفاد أيضاً من النص أن الدائن المرتهن لا يلتزم بالرد إلا إذا استوفى كامل حقه. وذلك لأن مقتضى مبدأ عدم التجزئة يقضى بأن يبقى الرهن قائماً ما بقى جزء من الدين المضمون ولو كان يسيراً.

ومقتضى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون، هو أن يرد هذا الشيء بالحالة التى كان عليها وقت التسليم، فإذا كان قد هلك أوتلف كان الدائن مسئولاً عن ذلك إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد له فيه. وإذا تأخر الدائن عن الرد بعد انقضاء الدين وملحقاته أياً كان سبب التأخير، أى ولو كان ذلك بسبب عدم مطالبة الراهن بالاسترداد، فيجب على الدائن أن يرد مع الشيء صافى الغلة التى حصل عليها بعد استهلاك الدين وملحقاته.

والراهن يطالب بالرد باحدى دعويين، الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الرهن نفسه سواء كان الراهن مالكاً أو غير مالك، ودعوى الاستحقاق

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٨ ص ٢٣٤، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٤ ص ٢٥٩، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٩٠ ص ٥٢٦، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

وهى الدعوى العينية التى يرفعها باعتباره مالكاً يطالب بشىء يملكه. وهذه الدعوى لا تثبت للراهن إذا لم يكن مالكاً - والدعوى الشخصية تسقط بالتقادم الذى تبدأ مدته فى السريان من وقت أن يصبح الرد واجباً، أما الدعوى العينية فلا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن ولا يجوز للدائن المرتهن أو ورثته أن يتمسكوا بأنهم قد تملكوا الشىء بالتقادم إلا إذا كانوا قد غيروا سند حيازتهم.

وللمرتهن أن يتخلص من جميع التزاماته السابق ذكرها إذا هو نزل عن حقه فى الرهن وأعاد الشىء المرهون إلى الراهن (م ١١١٦/٢ مدنى). وهذا النص قد جاء بصدد رهن العقار إلا أن حكمه عام يصدق على رهن العقار والمنقول على السواء[١].

ثانيا: حقوق المرتهن

وقد انتهينا من بيان التزامات الدائن المرتهن، ويبقى أن نبين ما هى حقوقه المقابلة لهذه الالتزامات - وسوف نقتصر هنا على بيان حقه فى التنفيذ على المال المرهون وعلى أموال الراهن، وبعد ذلك نتكلم عن الحكم الخاص برهن المنقول، وأخيراً نعرض لحصول الدائن على حقه من الدين المزهون.

١٧٥- (١) التنفيذ على أموال الراهن والشيء المرهون:

للدائن المرتهن رهن حيازة صفتان، صفة باعتباره صاحب حق شخصى يستطيع أن ينفذ بمقتضاه على جميع أموال المدين، وذلك بما له من حق الضمان العام، وصفته باعتباره صاحب تأمين عينى يستطيع بمقتضاه أن ينفذ على المال المرهون وأن يستوفى من ثمنه حقه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة ونحيل فى هذا الصدد إلى ما سبق أن قلناه فى الرهن الرسمى. ويقوم بالتنفيذ على المال المرهون وفقاً للإجراءات التى رسمها قانون المرافعات.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٥٢.

فإذا كان الراهن غير المدين أى كفيلاً عينياً لم يكن مسئولاً فى جميع أمواله، بل أن مسئوليته محددة بالمال الذى قدمه ضماناً لدين المدين، فلا تتجاوزه (م ١٠٥٠) ولا يجوز للكفيل العينى أن يطلب تجريد المدين مـ لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

وقد نصت المادة ١١٠٨ على أنه «يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع بدون إجراءات»[1] وعلى ذلك فنحن نحيل إلى ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد فى الرهن الرسمى.

١٧٦- (٢) حكم خاص برهن المنقول :

إذا كان الأصل أن يكون التنفيذ على الشيء المرهون وفقاً للأوضاع والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات للبيوع الجبرية، إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل، فيما يتعلق برهن المنقول، فتنص المادة ١١٢١ مدنى على أنه :

١- «يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق».

٢- «ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحتسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء».

وهذا النص قد وجد من الأوفق فى بعض الأحوال بيع المنقول دون اتباع إجراءات البيع الجبرى تجنباً لطول الإجراءات وكثرة المصاريف. وقد أجاز المشرع ذلك ولكنه جعل الترخيص به للقاضى حتى يستطيع أن يقدر هل البيع فى هذه الحالة يضر بالراهن أم لا.

كما أنه بين للقاضى الطريقة التى يتم بها البيع. ومن ناحية أخرى أجاز

---

(١) أنظر حكم المادة ١٢٩ من القانون التجارى الجديد.

هذا النص استثناء من حظر شرط التملك عند عدم الوفاء، للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى تمليكه المنقول المرهون، دون حاجة إلى رضاء الراهن بذلك، ويقوم المنقول عندئذ بواسطة الخبراء.

وقد جاء المشرع بتطبيقات أخرى لحماية مصالح الدائن المرتهن والراهن للمنقول فى المادة ١١١٩ مدنى، وكذلك نص المادة ١١٢٠ مدنى.

١٧٧ - (٢) حصول الدائن المرتهن على حقه من الدين المرهون :

إذا كان المال المرهون ديناً، فلا يكون ثمة داع لبيعه ما دام أنه أصبح مستحقاً. فللدائن أن يقبض حقه، وقد نصت المادة ١١٢٩ على أنه «إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه. أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية».

ومقتضى هذا النص أنه إذا كان محل الدين المرهون من جنس محل الدين المضمون بالرهن، كأن يكون كل منهما مبلغاً من النقود، كان للدائن المرتهن، إذا لم يستوف حقه من الراهن عند حلول أجله، أن يقبض من المدين بالدين المرهون بقدر ما يكون مستحقاً له قبل الراهن، فإن بقى شىء كان للراهن أن يقبضه. فإن لم يكونا من جنس واحد، فللدائن المرتهن أن يطلب بيع الدين المرهون حتى يستوفى حقه من ثمنه، أو أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الدين المرهون وفاء لدينه على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء وفقاً لنص المادة ٢/١١٢١.

لكن ما هو الحل إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن قبل أن يحل أجل الدين المرهون؟ لم يعرض المشرع لهذا الفرض، لكن يمكن تطبيق الحكم الوارد فى المادة ١١٢٩ فيما يتعلق بحق الدائن المرتهن فى طلب بيع الدين أو تملكه، أما حق الدائن فى أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له فلا يكون إلا عند حلول الدين المرهون إذ لا يمكن جبر المدين بهذا الدين على الوفاء قبل حلول الأجل.

المبحث الثاني

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير

قد سبق أن رأينا شروط قيام عقد الرهن الحيازى ونفاذه سواء فيما بين طرفيه أو بالنسبة للغير. وتكلمنا عن آثار هذا العقد فيما بين عاقديه، ولم يبق إلا الكلام على أثره بالنسبة للغير – وقد بينا المقصود بالغير عند الكلام عن سريان الرهن فى حقه، والغير هو كل من يتأثر حقه بوجود حق الدائن المرتهن، وما يترتب على هذا الحق من أفضلية وتتبع. وعلى ذلك فإنه يعتبر من الغير الدائنين العاديين وكل صاحب حق عينى تبعى أو حق عينى أصلى على المال المرهون قام بشهر حقه بعد قيد الرهن.

ويخول حق الرهن الحيازى للدائن المرتهن، الحق فى الحبس والحق فى التقدم، والحق فى التتبع.

أولاً: حق الحبس

تنص المادة ١١١٠ مدنى على أنه :

١- «يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة، دون اخلال بماللغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون».

٢- «وإذا خرج الشىء من يد الدائن دون ارادته أودون علمه، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة».

وحق الحبس هنا هو أحد السلطات التى يخولها الحق العينى التبعى للدائن المرتهن رهن حيازة، ويكون له بمقتضاه الامتناع عن التخلى عن الشىء المرهون طالما أن حق الرهن لم ينقض وبصفة خاصة طالما أنه لم يستوف حقه كاملاً وما لم تستعمل احدى الرخص الواردة فى المادة ١١١٩/ ١١٢٠ مدنى. والحق فى الحبس يثبت للدائن المرتهن أياً كان الشىءالمرهون، عقاراً أو منقولاً. وإذا كان الشىء فى حيازة أجنبى اتفق عليه المتعاقدان أو حارس عينته المحكمة وفقاً لنص المادة ٢/١١٠٦ فيعتبر هذا

الشخص حائزاً لحساب الدائن المرتهن وعليه أن يحبس الشيء، فإذا أخل بواجبه كان مسئولاً عما يلحق الدائن بسبب ذلك من ضرر.

والحق في الحبس يخول للدائن المرتهن، إذا خرج الشيء من يده دون إرادته أو دون علمه، استرداد حيازته من الغيروفقاً لأحكام الحيازة، سواء كان الشيء في يد الراهن أو في يد غيره. ويعتبر الشيء المرهون في هذه الحالة في حكم المسروق أو الضائع، وعلى ذلك فإذا كان منقولاً وباعه المختلس إلى مشتر حسن النية، فيجوز للمرتهن أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت خروج الشيء من حيازته، وإذا كان المشترى قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، فيكون له أن يطلب من الدائن المرتهن، إذا ما طلب استرداد الشيء، أن يعجل له الثمن الذى دفعه (م ٩٧٧ مدنى).

ويستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بحقه في الحبس، أولاً في مواجهة الراهن لأن هذا الأخير ليس له الحق في أن يسترد الشيء المرهون إلا إذا أوفى الدين بتمامه. وثانياً، في مواجهة مالك الشيء المرهون، إذا كان الراهن غير مالك، وكان الرهن نافذاً في حقه كما لو كان المرهون منقولاً وتسلمه الدائن المرتهن وهو حسن النية، وثالثاً في مواجهة المشترى الذى اكتسب ملكية الشيء المرهون، وكذلك في مواجهة الدائن المرتهن الذى ارتهن الشيء، بعد أن أصبح حق الحابس نافذاً في مواجهة الغير.

وحيث أن الدائن المرتهن إذ يحبس الشيء فهو يحبسه بالحالة التى كان عليها وقت أن أصبح الرهن نافذاً في حق الغير وهذا ماتعنيه الفقرة الأولى من المادة ١١١٠ مدنى حين قالت «يخول الدئن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون»، فإن كل من ثبت له حق على المال المرهون قبل أن تجتمع للرهن شروط نفاذه في حقه لا يحتج في مواجهته بالحق في الحبس.

على ذلك إذا كان المال المرهون مثقلاً عند اكتساب الرهن شروط نفاذه في حق الغير بتكاليف عينية أو رهون، فإن الرهن لا يرد على هذا الشيء إلا

محدوداً بتلك التكاليف أو الرهون، فتكون هذه نافذة فى حق الدائن المرتهن رهن حيازة، ولا يكون له بناء على ذلك أن يتمسك قبل أصحابها بحقه فى حبس المال المرهون. أما كل من اكتسب حق على المال المرهون بعد أن أصبح الرهن نافذاً فى حق الغير، فإن للدائن المرتهن أن يحتج عليه بالحق فى الحبس.

لكن هل يجوز للدائن المرتهن أن يحبس الشيء عن الراسى عليه المزاد إذا بيع الشيء جبراً؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نفرق بين رهن العقار ورهن المنقول:

١- فيما يتعلق بالعقار لا يجوز للدائن الحابس أن يحبس الشيء عن الراسى عليه المزاد ولو لم يستوف حقه كله أو بعضه، وأياً كان طالب البيع لأن رسو المزاد يطهر العقار من كافة الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازى (م ٤٥٠ مرافعات).

٢- أما فيما يتعلق بالمنقول فيجب أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول: إذا جرى التنفيذ بناء على طلب الدائن المرتهن نفسه فلا يحق له أن يحبس الشيء عن الراسى عليه المزاد ولو لم يستوف كامل حقه وذلك لأن طلب البيع يتضمن نزولاً منه عن حقه فى الحبس فلا يبقى له إلا أن يستوفى حقه من الثمن بحسب مرتبته.

الفرض الثاني: إذا كان البيع بناء على طلب دائن آخر، فإن كان طالب البيع متقدم فى المرتبة عن الدائن المرتهن فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يحبس الشيء عن الراسى عليه المزاد لأن هذا يتنافى مع قاعدة عدم التمسك بالحبس فى مواجهة الدائنين الذين حفظوا حقوقهم قانوناً، وإن كان طالب البيع دائن عادى أو دائن متأخر عن الدائن المرتهن الحابس، فلهذا الأخير أن يتمسك بحقه فيمتنع عن تسليم الشيء إلى الراسى عليه المزاد إلا إذا استوفى كامل حقه.

ثانياً: حق التقدم

سبق أن رأينا أن الرهن الحيازى يخول الدائن المرتهن وفقاً لنص المادة ١٠٩٦ الحق فى التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء. وقد رأينا أيضاً أن الدائن المرتهن يتقدم فى الواقع فى اقتضاء حقه من المقابل النقدى سواء كان هو الثمن أو أى حق آخر حل محل الشىء المرهون.

وندرس هنا نقطتين أساسيتين: الأولى متعلقة بالمبالغ التى يضمنها الرهن الحيازى والثانية خاصة بمرتبة الدائن المرتهن.

١٧٨- (١) المبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي:

فقد بينت المادة ١١١١ على الحقوق التى يستوفيها الدائن بالتقدم والتى يضمنها الرهن بنصها على أنه «لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضاً وفى نفس المرتبة ما يأتى :

(أ) المصروفات الضرورية التى انفقت للمحافظة على الشىء.

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشىء.

(جـ)مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء.

(د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى.

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٠».

ومما يجدر ملاحظته أن المشرع لم يدخل، من المصروفات التى أُنفقت على الشىء، فيما يضمنه الرهن إلا المصروفات الضرورية. وعلى ذلك فلا يضمن الرهن ما أُنفق من مصروفات نافعة، لكن يستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل الحق فى الحبس المنصوص عليه فى المادة ٢٤٦ مدنى. كما يلاحظ أن الرهن الحيازى، على خلاف الرهن الرسمى، يضمن جميع الفوائد المستحقة للدائن حتى رسو المزاد، والعلة فى هذه التفرقة بين الرهن الرسمى

والحيازى أن الدائن المرتهن رهن حيازة يستوفى غالباً الفوائد من غلة الشىء المرهون أو من مقابل الانتفاع، فالفوائد التى يستوفيها بالتقدم هى التى لم يستوفيها عن طريق هذا الخصم أما التحفظ الوارد فى آخر نص المادة ١١١١ بخصوص مراعاة المادة ٢٣٠ مدنى فهو خاص بالفوائد المستحقة بعد رسو المزاد حتى تمام توزيع الثمن على الدائنين، وفى هذا يتفق الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى.

١٧٩- (٢) مرتبة الدائن المرتهن رهن حيازة عند التزاحم :

تتحدد مرتبة الدائن المرتهن رهن حيازة عند التزاحم مع غيره من أصحاب الحقوق العينية التبعية على المال المرهون وفقاً للتاريخ الذى تجتمع فيه شروط نفاذ الرهن فى حق الغير.

وقد سبق أن رأينا أن العبرة فى العقار هى أسبقية القيد وانتقال الحيازة معاً، وفى رهن المنقول فإن العبرة بالتاريخ الثابت فى الورقة المدون فيها عقد الرهن وانتقال الحيازة معاً على النحو السابق بيانه.

ثالثاً: حق التتبع

قد سبق أن رأينا أن للدائن المرتهن طبقاً لنص المادة ١٠٩٦ مدنى أن يستوفى حقه بالتقدم من ثمن الشىء «فى أى يد يكون» وهذا هو التتبع ويقصد به حق الدائن فى التنفيذ على الشىء المرهون ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن مادام الرهن نافذاً فى حق من انتقلت إليه الملكية.

وإذا كان الشىء المرهون عقاراً فلا يعتبر مشتريه حائزاً، كماهو الحال فى الرهن الرسمى، ولا تسرى عليه الأحكام الخاصة بالحائز، فليس له أن يطلب تطهير العقار أو التخلية، إن أراد تفادى نزع الملكية أن يفى بالدين وفقاً للقواعد العامة فى الوفاء مع الحلول.

وإذا كان الشىء المرهون منقولاً فيكون للدائن أيضاً حق تتبعه إلا إذا اصطدم حقه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز.

الفصل الرابع

انقضاء الرهن الحيازي

ينقضى الرهن الحيازى بصفة تبعية بانقضاء الحق المضمون، كما أن الرهن الحيازى يمكن أن ينقضى بصفة أصلية بالرغم من عدم انقضاء الحق المضمون.

أولاً: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

تنص المادة ١١١٢ أن «ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته». وهذا النص مماثل لنص المادة ١٠٨٢ والخاص بانقضاء الرهن الرسمى فنحيل إلى ما سبق أن قلناه فى هذا الشأن.

على أن هناك حكم خاص بالرهن الحيازى فيما يتعلق بالتقادم للدين المضمون بالرهن، فالمعروف أن التقادم المسقط ينقطع باقرار المدين صراحة أو ضمناً، فإذا كان الدين مضموناً برهن حيازى فيعتبر وجود الشىء المرهون فى يد الدائن المرتهن إقراراً ضمنياً مستمراً بالدين، وعلى ذلك فلا يبدأ سريان التقادم ولو استحق الدين إلا من الوقت الذى يسترد فيه المدين الراهن الشىء من الدائن. وقد نصت على ذلك المادة ٣٨٤ بقولها :

١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرار صريحاً أو ضمنياً.

٢- ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين.

ثانياً: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

وكما ينقضى الرهن بصفة تبعية، فيمكن أن ينقضى بصفة أصلية أى ولو بقى الدين المضمون قائماً. وقد نصت المادة ١١١٣ على ذلك بقولها «ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية:

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين. ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلى الدائن باختياره عن الشىء المرهون، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ. على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أقره.

(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد.

(جـ) إذا هلك الشىء أو انقضى الحق المرهون، وسنعرض لهذه الأسباب على التوالى، ثم نتكلم عن انقضاء الرهن بالتطهير، وأثر البيع الجبرى.

١٨٠- (١) النزول عن الرهن :

يجوز للدائن المرتهن أن ينزل عن الرهن ذاته دون الدين المضمون. ويجب أن تتوافر فى الدائن المرتهن أهلية هذا التصرف، وهى أهلية الابراء من الدين وذلك لأن النزول عن الرهن ولو أنه لا يؤثر عن وجود الدين إلا أنه قد يؤدى إلى عدم إمكان استيفائه. وعلى ذلك فإذا كان الدائن المرتهن صبياً مميزاً أو من فى حكمه فيكون النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن الإبراء فى هذه الحالة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً.

والنزول قد يكون ضمنياً وقد يكون صريحاً – وقد ذكر المشرع صورتين من صور النزول الضمنى، الأولى أن يتخلى الدائن باختياره عن الشئ المرهون لكن هذا لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة عن النزول يمكن للدائن أن يثبت عكسها. والثانية أن يوافق الدائن على التصرف فى الشئ المرهون دون تحفظ، وهذه أيضاً قرينة بسيطة على النزول يمكن للدائن المرتهن أن يثبت عكسها.

ونزول الدائن المرتهن عن حقه يجب ألا يضر بالغير. وعلى ذلك فإذا كان الدائن المتنازل قد رهن الدين المضمون فإن هذا الرهن يرد على الدين بكل مقوماته ومنها الرهن الذى يضمنه أى الرهن الذى تم النزول عنه، فلا

يسـرى هذا النزول فى حق الدائن الذى ارتهن الدين المضمون إلا إذا أقره.

١٨١- (٢) اتحاد الذمة:

وقد رأينا مراراً أن اتحاد الذمة لا يعدو أن يكون إلا مانعاً من مباشرة الحق فإذا زال المانع أمكن استعمال الحق، كما أن اتحاد الذمة يجب ألا يضر بالغير. فإذا اجتمعت بشخص واحد صفة مرتهن الشيء ومالكه، كما إذا ورث المرتهن الشيء المرهون أو اشتراه انقضى الرهن طوال فترة اتحاد الذمة، على أنه من مصلحة الدائن المرتهن أن يحتفظ بالرهن على الشيء الذى تملكه إذا كان الشيء مرهوناً لغيره. على أن اتحاد الذمة يجب ألا يضر بحق الغير فإذا كان الدائن المرتهن قد رهن حقه المضمون بالرهن أو حوله للغير، ثم اشترى الغير العين المرهونة فإن ذلك لا يمنع الدائن المرتهن الثانى من الإفادة بالرهن. وإذا زال اتحاد الذمة كان لزواله أثر رجعى، كأن فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين، بقى الرهن كما كان قبل اتحاد الذمة.

١٨٢- (٣) انقضاء الرهن الحيازي لهلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون:

فإذا كان المرهون شيئاً مادياً وهلك كله أو كان انتفاع وانقضى، ترتب على ذلك انقضاء الرهن. على أنه يجب أن نلاحظ أن الرهن الحيازى ينتقل إلى ما يحل محل الشئ الهالك من حقوق.

(٤) التطهير:

يجب أن نؤكد ما سبق أن قلناه أن مشترى العقار المرهون رهن حيازة لا يعتبر حائزاً كما هو الحال فى الرهن الرسمى وبالتالى ليس له أن يقوم باجراءات التطهير لمجرد وجود الرهن الحيازى، لكن إذا كان العقار محملاً بالإضافة إلى الرهن الحيازى، برهن رسمى أو اختصاص أو امتياز مقيد،

فيكون للحائز أن يطلب التطهير كما سبق أن رأينا فإذا قبل الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، ومنهم الدائن المرتهن رهناً حيازياً، العرض صراحة أو ضمناً فيتطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازى إذا قام الحائز بدفع ديون الدائنين فى حدود القيمة التى عرضها أو أودع هذه القيمة خزانة المحكمة، وعلى ذلك فينقضى الرهن الحيازى ولو لم يحصل الدائن على كامل حقه.

١٨٤- (٥) أثر البيع الجبري :

البيع الجبرى للعقار يترتب عليه تطهيره من جميع الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازى، علماً بأن ينتقل حق الدائن على الثمن (م ٤٥٠ مرافعات) . أما بالنسبة للمنقول فليس هناك نص على انقضاء الرهن الحيازى عند البيع الجبرى. وعلى ذلك يحوزللدائن المرتهن أن يحبس الشىء المرهون على الراسى عليه المزاد إلا إذا كان هو الذى طلب البيع أو كان طالب البيع دائن مفضل عليه كما سبق أن ذكرنا.

الكتـاب الرابع
حقوق الامتياز

تمهيد:

عرض المشرع لحقوق الامتياز فى المواد من ١١٣٠ الى ١١٤٩ وذلك فى فـصلين: الأول فى الأحكام العـامـة (المـواد من ١١٣٠ إلى ١١٣٦)، والثانى فى أنواع الحقوق الممتازة (المواد من ١١٣٧ إلى ١١٤٩) وسنتبع نفس الخطة فى عرضنا لحقوق الامتياز.

الفصل الأول
الأحكام العامة

أولاً: تعريف الامتياز

عرف المشرع حق الامتياز فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ بقوله **«الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته».**

ويلاحظ على هذا التعريف أولاً أن المشرع قد عرف الامـتياز بأنه أولوية، وعلى ذلك فجوهر الامتياز هو الأفضلية التى يهيئوها للدائن، وثانياً قد أوضح التعريف بأنها أولوية يقررها القانون، وبذلك فقد حدد أن القانون هو مصدر الامتياز وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية وثالثاً قد قرر المشرع أن هذه الأولوية التى يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينة فى الدين المضمون ومصدره.

كما أن المشرع لم يذكر فى هذا التعريف بأن حق الامتياز حق عينى على خلاف ما فعله بالنسبة للرهن الرسمى (١٠٣٠) وحق الاختصاص (م ١٠٩٥) والرهن الحيـازى (م ١٠٩٦)، وبذلك حتى لا يقطع برأى فى الخلاف الفقهى حول طبيعة بعض حقوق الامتياز، وبصفة خاصة حقوق الامتياز العامة كما سوف نرى.

كما أن المشرع لم يذكر فى التعريف حق التتبع، وذلك لأن من بين حقوق الامتياز ما لا يعطى صاحبه حق التتبع، وهذه هى حقوق الامتياز العامة كما سنرى، وأخيراً لم يشر التعريف الى محل الامتياز، وذلك أن من حقوق الامتياز ما يقع علي منقول معين أو عقار معين.

وقد نص القانون المدنى على أغلب حقوق الامتياز فى الباب الذى خصصه لهذه الحقوق (المواد ١١٣٠ إلى ١١٤٩)، ولكنه قرر حقوق امتياز أخرى فى مواضع متفرقة. كالمادة ٦٦٢ التى تقرر امتياز للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى، والمادة ٨٦٩ التى تقرر امتياز القروض التى يمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة، والمادة ٨٨٠ التى تقرر امتيازا لنفقات تصفية التركة على أموال هذه التركة كما قرر المشرع حقوق إمتياز بنصوص أخرى فى غير التقنين المدنى، ونظراً لدراسة حقوق الامتياز التى تقررت فى غير الباب المخصص لحقوق الامتياز عند دراسة الموضوعات التى وردت فيها، فلن نعرض الا للحقوق التى قررها المشرع فى هذا الباب أى فى المواد من ١١٣٠ إلى ١١٤٠.

ثانياً: تقسيم حقوق الامتياز

تنقسم حقوق الامتياز، من حيث محلها، أى من حيث الأموال التى ترد عليها الى قسمين: حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة. وهذا ما عرض له المشرع فى المادة ١١٣٢ بقوله «ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين».

١٨٥- (١) **حقوق الامتياز العامة :**

حقوق الامتياز العامة هى التى ترد على جميع أموال المدين، وتخول للدائن صاحب الامتياز الحق فى استيفاء دينه بالأولوية أو التقدم على ما لدى المدين من أموال وقت التنفيذ، منقولات كانت أو عقارات، بصرف النظر عما كان لديه من أموال وقت نشوء الدين الممتاز، ولما كانت هذه الحقوق لا ترد على أموال معينة بالذات، فهى لا تخول صاحبها أى تتبع ولا يجب شهرها، وقد نص على المشرع على ذلك فى ٢/١١٣٤ بقوله «ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع».. ولهذا فاننا نؤيد الفقه الذى لا يعتبر حقوق الامتياز العامة حقوقاً عينية بالمعنى الصحيح، وذلك لأنها أقرب الى أن تكون وصفا فى بعض الحقوق تؤدى الى تفضيل الدائن على غيره عند استيفاء حقه.

وقد جعل المشرع لحقوق الامتياز العامة - مع عدم خضوعها للشهر اذا كان محلها عقاراً - أسبقية فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده (م ١١٣٤/٢).

ومثال حقوق الامتياز العامة امتياز ديون النفقة والديون المستحقه للأجراء.

١٨٦- (٢) **حقوق الامتياز الخاصة:**

أما حقوق الامتياز الخاصة فهى التى ترد على منقول أو عقار معين، فهى تنقسم بدورها إلى قسمين، حقوق امتياز خاصة ترد على منقول، وحقوق امتياز خاصة ترد على عقار ويخضع كل قسم منها لأحكام تلائم طبيعة المال الذى يرد عليه الحق على النحو الذى سنبينه فيما يتعلق بآثار حقوق الامتياز بوجه عام وفيما يتعلق بدراسة كل حق على حدة - ومثال الامتياز الخاص على عقار، امتياز بائع العقار، وامتياز المقاولين والمهندسين.

وتتميز هذه الامتيازات الخاصة بأنها حقوق عينية تمنح صاحبها حق التقدم على ثمن المال المقررة عليه، وحق التتبع رغم تصرف المدين فيه. وإذا كان حق التتبع فى العقار مكفولا بما هيأه المشرع من شهر للامتياز عن طريق القيد مثله فى ذلك مثل الرهن الرسمى، الا أن حق التتبع فى المنقول يتعرض للتعطيل اذا انتقل المنقول المثقل بالامتياز إلى حائز حسن النية يستطيع أن يحتمى وراء قاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية».

ثالثاً : آثار حقوق الامتياز

تشترك حقوق الامتياز سواء كانت امتياز عامة أو خاصة على عقار أو خاصة على منقول فى أنها جميعا تخول صاحبها الحق فى التقدم وفقاً للمرتبة التى يحددها القانون - أما التتبع فقد رأينا أنه مقصور على حقوق الامتياز الخاصة دون حقوق الامتياز العامة. مع ملاحظة أنه اذا كان الامتياز الخاص واردا على منقول فان حق التتبع قد يصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز متى كانت حيازة المنقول المثقل بالامتياز لشخص حسن النية.

١٨٧ - (١) شهر حقوق الامتياز:

رأينا أن المشرع لا يستلزم شهر حقوق الامتياز العامة حتى ولو كان محلها عقاراً (م ٢/١١٣٤) ولذلك لا يخضع القانون للشهر امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على عقارات معينة (م ٢/١١٣٤). وأيضا حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول لا تشهر لعدم وجود نظام لشهر الحقوق العينية المنقولة.

أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار فأنها لا تنفذ فى حق الغير إلا اذا تم شهرها عن طريق القيد. وقد نصت المادة ١/١١٣٤ على أنه «تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا يتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق - وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد ومحوه من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو».

١٨٨- (٢) حق التقدم:

للدائن صاحب حق الامتياز الحق فى التقدم فى استيفاء حقه، أيا كان نوع الامتياز، ويرد حق الدائن فى التقدم ليس فقط على ثمن المال محل الامتياز، بل وعلى كل مقابل يحل محل هذا المال. وقد نصت المادة ١١٣٥ على أنه «يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشئ أو تلفه» وقد رأينا من قبل أن المادة ١٠٤٩ تقضى بانتقال حق الدائن المرتهن رهنا رسميا إلى الحق الذى يحل محل العقار عند الهلاك أو التلف، وتظهر أهمية هذا النص بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة، أما اذا كان الامتياز عاماً فلا محل للقول بانتقال حق الدائن الى ما إستبدل بأموال المدين عند الهلاك أو التلف لأن حق الامتياز العام يرد على الحقوق التى يكتسبها المدين على إثر الهلاك أو التلف لمجرد دخولها فى ذمة المدين أى بصرف النظر عما اذا كان المدين قد كسبها فى مقابل هلاك مال من أمواله أم لا.

وفيما يتعلق بمرتبة الامتياز، يلاحظ أولاً أن الدائن صاحب الحق الممتاز يتقدم بحقه على كل الدائنين العاديين، ولا تظهر أهمية تحديد مرتبة الامتياز إلا بالنسبة للدائنين الذين لهم حق التقدم لما لهم من تأمينات عينية. والمشرع هو الذى يحدد مرتبة حقوق الامتياز، سواء بالنسبة لحقوق الامتياز الواردة فى الباب الخاص بها فى التقنين المدنى أو فى نصوص أخرى فى هذه التقنين أو كانت واردة فى نصوص قوانين أخرى، فاذا لم ينص صراحة على مرتبة الحق تأخر عن كل امتياز من الامتيازات الواردة فى الباب الخاص بحقوق الامتياز فى القانون المدنى، واذا كانت حقوق الامتياز فى مرتبة واحدة فيتساوى أصحابها، وهذا ما تنص عليه المادة ١١٣١ بقولها:

١- مرتبة الامتياز يحددها القانون فان لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه، كان الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب.

٢ – واذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة، فأنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

١٨٩ - (٢) حق التتبع :

ان حقوق الامتياز العامة لا تخول التتبع (م ٢/١١٣٤)، ومع ذلك فان حقوق الامتياز الضامنة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة منها ما يكون عاما يرد على جميع أموال المدين وهذه تخول صاحبها التتبع كما سنرى.

أما حقوق الامتياز الخاصة فجميعها تخول صاحبها سلطة التتبع سواء كانت مما يخضع للشهر أم لا. ومع ذلك فان حق التتبع فى المنقول قد يصطدم فى كثير من الأحيان بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الحائز» بما لها من أثر مسقط وفقاً لنص المادة ٢/٩٧٦. وقد جاء المشرع بتطبيق لهذه القاعدة فى المادة ١/١١٣٣ حيث أنه نص على أنه «لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية». ولكن يجب ملاحظة أنه اذا كان المشرع قد أغفل ذكر شرط السبب الصحيح فى النص فان الفقهاء متفقون على ضرورته.

وعلى ذلك فاذا تصرف المدين فى المنقول المثقل بحق الامتياز بنقل ملكيته أو رهنه رهنا حيازيا، وحازه المتصرف اليه وهو حسن النية أى يجهل وجود الامتياز، فلا يحتج عليه بهذا الحق.

وقد اعتبر المشرع كلا من مؤجر العقار وصاحب الفندق حائزا لا يحتج عليه، اذا كان حسن النية، بحق الامتياز الذى يثقل المنقول الذى يوجد فى العين المؤجرة أو يودعة النزيل فى الفندق، وقد نصت على ذلك المادة ٢/١١٣٣ بقولها «يعتبر حائزا فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة الى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه». ولذلك فاذا أدخل المستأجر فى العقار منقولات محملة بامتياز للغير، كامتياز البائع مثلا، أو امتياز مصروفات

الصيانة والحفظ، وكان المؤجر لا يعلم وقت اداخلها العقار بهذا الامتياز اعتبر حائزا لها بحسن نية من حيث عدم جواز الاحتجاج عليه بالامتياز المحملة به هذه المنقولات.

ونظراً الى أن حق الامتياز الذى يرد على المنقول يفقد قيمته اذا اصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول، خول المشرع الدائن صاحب الامتياز وسيلة يدفع بها ما يهدد حقه من خطر الضياع، وذلك بأن نص فى الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٣ على أنه «واذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة». والقاضى هو الذى يقدر معقولية الأسباب التى يستند اليها صاحب الامتياز.

رابعاً: انقضاء حق الامتياز

تنص المادة ١١٣٦ على أنه «ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة وفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك».

وعلى ذلك فأن حق الاحتياز ينقضى، أيا كان محله، بصفة تبعية اذا انقضى الدين المضمون به كله (المادتان ١٠٨٢، ١١١٢) ويسرى هنا ما سبق أن قلناه عند دراسة الرهن الرسمى. على أنه يجب أن نلاحظ أن الامتياز، والرهن الرسمى، ورهن الحيازة، يخضع لقاعدة عدم التجزئة.

كما أن حق الامتياز ينقضى بصفة أصلية اذا كان محله عقاراً بالأسباب التى ينقضى بها الرهن الرسمى. أما اذا كان الامتياز وارداً على منقول، فينقضى بصفة أصلية كما ينقضى الرهن الحيازى الوارد على منقول. ولذلك فنحن نحيل الى ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

١٩٠ ـ وقد نصت المادة ١١٣٧ من التقنين المدني على أن «الحقوق المبينة في المواد التالية لهذه المادة تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة». وعلى ذلك فان التقنين المدني لم يحص كل حقوق الامتياز لكن ترك للمشرع حرية تحديد الحقوق الممتازة بنصوص خاصة في تشريعات أخرى متفرقة. وقد عرض التقنين المدني لحقوق الامتياز العامة والخاصة الواقعة على منقول ثم تعرض بعد ذلك لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار. وسوف نتبع نفس التقسيم في دراسة أنواع الحقوق الممتازة. ففي مبحث أول ندرس حقوق الامتياز العامة والخاصة على منقول، وفي مبحث ثان تعرض لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار.

المبحث الأول: حقوق الامتياز العامة والخاصة على منقول

١٩١ ـ أورد المشرع حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول معا ولكن جاء ترتيبها على النحو التالي: امتياز المصروفات القضائية، امتياز الضرائب والرسوم، امتياز نفقات حفظ المنقول. امتياز المبالغ المستحقة للأجراء والمبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس والنفقة. امتياز نفقات الزراعة وآلات الزراعة، امتياز مؤجر العقار، امتياز صاحب الفندق، امتياز بائع المنقول، وامتياز المتقاسم في المنقول. وعلى ذلك نعرض في الفقرات التالية لهذه الحقوق جميعا وفقاً للترتيب السابق والذى حدده المشرع.

أولاً: امتياز المصروفات القضائية

١٩٢ ـ وقد حددت المادة ١/١١٣٨ مدني الحق الممتاز بأنه «المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال

المدين وبيعها، وعلى ذلك لا تدخل فى الامتياز المصروفات التى ينفقها الدائن فى المطالبة القضائية للحصول على سند تنفيذى ضد المدين. كما أن المصروفات التى تنفق فى مصلحة بعض الدائنين دون الآخرين لا يكون لها الامتياز الا بالنسبة لمن عادت عليهم المصروفات بالفائدة دون غيرهم، ومثال ذلك المصروفات آلتى تستلزمها اجراءات الإفلاس أو الاعسار اذ لا يستفيد منها سوى الدائنين العاديين. فلا تكون المصروفات التى تقضيها هذه الاجراءات دينا ممتازا إلا بالنسبة لهؤلاء فقط.

١٩٣- ويتعلق الامتياز بثمن الأموال التى أنفقت المصروفات القضائية لحفظها وبيعها. فالامتياز يرد اذن على الثمن الذى رسا به المزاد عند بيع أموال المدين وليس على الأموال ذاتها، ويتحدد نطاق الامتياز بثمن هذه الأموال دون غيرها، فقد يكون ثمن منقول أو منقولات معينة، أو ثمن عقار أو عقارات معينة، أما الأموال التى لم تتم تلك المصروفات بشأنها فلا يتعلق بها أى امتياز.

١٩٤- ويأتى امتياز المصروفات القضائية فى المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز، بل والحقوق العينية التبعية الأخرى. وقد نصت المادة ٢/١١٣٨ مدنى أنه «تستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم، وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى اجراءات التوزيع».

ثانيا : امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

١٩٥- وقد نصت المادة ١١٣٩ مدنى على أن «المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن».

١٩٦- يضمن هذا الامتياز جميع المبالغ المستحقة للخزانة العامة. كالضرائب والرسوم أيا كان نوعها بشرط أن يتقرر لها الامتياز بمقتضى القوانين الخاصة بها، ووفقا للشروط المنصوص عليها فى هذه القوانين.

١٩٧- ومحل هذا الامتياز تحدده، في كل حالة على حدة، نصوص القانون الذى يقرر الامتياز للمبالغ المبينة فيه - وهذه النصوص قد تجعل محل الامتياز مالا معينا، ليكون الامتياز خاصا، كامتياز ضرائب الأراضى أو عوائد الأملاك، وقد تجعل محل الامتياز كافة أموال المدين، ليكون الامتياز عاما، كامتياز الضريبة على ايرادات رؤوس الأموال المنقولة وضريبة كسب العمل.

١٩٨- ويأتى امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فى المرتبة التالية لامتياز المصروفات القضائية. وهذا الامتياز يتقدم كافة حقوق الامتياز الأخرى، بل وعلى الرهون. ويخول هذا الامتياز ميزة التتبع بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول. ولا يستلزم قيده اذا كان محله عقاراً.

ثالثاً : امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه

١٩٩- تنص المادة ١١٤٩ مدنى على أن «المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله».

٢٠٠- على ذلك فان الامتياز يقتصر على المصروفات التى لولاها لهلك المنقول، كله أو جزء منه، أو أصبح غير صالح للاستعمال الذى أعد له، كأجرة الميكانيكى مقابل إصلاح السيارة، وأجرة النجار مقابل إصلاح الأثاث . أما المصروفات النافعة التى لا يترتب عليها سوى زيادة فى قيمة المنقول فلا تدخل فى نطاق الامتياز، كنفقات صباغة الأقمشة، أو تحويل المعدن الخام الى أدوات. والعبرة فى ثبوت الامتياز بالنتيجة التى تحققت، وهى حفظ المنقول أو ترميمه، ولا يستلزم أن تنصرف النية الى تحقيق هذه النتيجة.

٢٠١- ويقع الامتياز على المنقول الذى أنفقت المبالغ لحفظه أو ترميمه، ولا يقتصر على ما زاد فيه، بسبب الحفظ أو الترميم[١]، وهذا يختلف عن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ٣٠٥.

امتياز المهندس والمقاول فى حالة العقار، اذ يكون امتيازهما على العقار بقدر ما زاد فى قيمته وقت بيعه بسبب عملهما كما سنرى فيما بعد.

٢٠٢ ـ وتأتى مرتبة هذا الامتياز بعد امتياز المصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة. فتستوفى المبالغ التى أنفقت فى حفظ المنقول وترميمه من ثمن هذا المنقول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة. واذا تعددت المبالغ التى صرفت فى هذا الغرض، فلا يكون لها نفس المرتبة، بل «يقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها» (١١٤٠/٢ مدنى)، وعلى ذلك فيقدم ما صرف أخيراً على ما صرف قبله وهكذا، والعلة فى ذلك أنه لولا المبالغ التى أنفقت أخيراً. أنفق لهلك المنقول أو تلف أو نقصت قيمته ولما استطاع الدائن الذى أنفق مبلغا قبل ذلك أن يستوفيه من ثمنه.

رابعاً : امتياز الأجر وثمن المأكل والملبس والنفقة

٢٠٣ـ وقد نصت المادة ١١٤١ مدنى على الامتياز لثلاثة حقوق. الأجور، وثمن توريد المأكل والملبس والنفقة.

٢٠٤ـ ويقتصر حق الامتياز على الأجور فقط، فلا ينصرف الى غيرها من مبالغ مستحقة للعامل مثل مبالغ التعويض المستحقة عن فصله فصلا تعسفياً، أو المبالغ التى يقترضها صاحب العمل من العامل. لكن يستفيد من هذا الامتياز كل أجير ولو لم يكن عاملا، كما اذا كان وكيلاً أو مقاولاً.

٢٠٥ـ كما أن الحق الممتاز يقتصر أيضا على ثمن المأكل والملبس دون غيرهما من الحاجيات الأخرى، ولو كانت ضرورية، كالأدوية مثلا. كما أن هذا الامتياز لا يقوم إلا اذا كان توريد المأكل أو الملبس ممن يتجرون فيهما. وعلى ذلك فاذا استوردها المدين ممن لا يتجر فيهما فلا يكون ثمنهما حقا ممتازا له. والسبب فى هذه التفرقة هو أن هذا الامتياز تقرر لحكمة معينة وهى «ايجاد الثقة فى المدين لدى موردى هذه الحاجيات الضرورية للحياة

حتى يسهل عليهم أن يمدوه بها اذا لم يكن فى وسعه دفع ثمنها فورا[1]. كما يجب أن يكون توريد المأكل أو الملبس لاستهلاكهما لا لاعادة بيعهما. ولاستعمال المدين أو من يعوله، كزوجة، وأولاده وأقاربه الذين يعولهم، وخدمه[2].

٢٠٦ـ أما بالنسبة للنفقة فان المادة ١١٤١/ج مدنى قد نصت على أنها «النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة». على ذلك فان نفقة الأقارب، أيا كانت درجة قرابتهم، تعتبر دينا ممتازاً. ويشمل هذا النص أيضاً، من باب أولى، نفقة الزوجة ـ وبذلك يفهم لفظ الأقارب الوارد فى النص بمعناه العام بحيث تدخل الزوجه ضمن الأقارب[3] ـ ويجب، حتى تكون النفقة ممتازة، أن تكون مستحقة عن الستة الشهور الأخيرة، أى السابقة مباشرة على الوفاة أو الاعسار أو الافلاس أو الحجز أو البيع.

٢٠٧ ـ ويعتبر الامتياز، بجميع أنواعه الثلاثة، الأجور، وثمن توريد المأكل والملبس، والنفقة، امتيازا عاماً، حيث أنه يقع على جميع أموال المدين من منقول وعقار. وعلى ذلك فانه يجوز استعماله على مجموع أموال المدين. اذا حدث ما يستدعى تصفيتها، أو على مال معين من أموال المدين منقولا كان أو عقارا عند بيعه منفردا.

٢٠٨ـ وتتحدد مرتبة هذا الامتياز وفقا للمادة ١١٤١/٢، بعد امتياز المصروفات القضائية. وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، وامتياز مصروفات الحفظ والترميم، أى أنه فى المرتبة الرابعة بعد هذه الامتيازات. وهذه الحقوق الثلاثة امتياز واحد، أى أنها فى مرتبة واحدة، فاذا ما تزاحمت فأنها تستوفى فيما بينها بنسبة كل منها (١١٤١/٢).

---

(١) سليمان مرقس: المرجع السابق، فقرة ٣٤٧، ص ٥٥٧.
(٢) السنهورى: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٨٨. ص ٩٦١.
(٣) السنهورى: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٨٩، ص ٩٦٢.

خامسا: امتياز نفقات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة

٢٠٩ - وقد نصت المادة ١١٤٢ مدنى على طائفتين من الحقوق الممتازة، الأولى حقوق امتياز مصروفات الزراعة. والثانية حقوق امتياز المبالغ المستحقة فى مقابلِ الآلات الزراعية.

٢١٠- والحق الممتاز بالنسبة للطائفة الأولى فانه يشمل، وفقاً لنص المادة ١/١١٤٢. المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد». وعلى ذلك فان جميع المبالغ التى تستحق فى سبيل استغلال الأرض وزرعها، منذ اعدادها حتى جنى محصولها يعتبر حقا ممتازاً.

٢١١- ويقع الامتياز على المحصول الذى صرفت تلك المبالغ فى انتاجه، وسواء أكان انتاجه يستغرق سنة أو أقل أو أكثر من سنة. ويرد الامتياز على المحصول بمجرد جنيه وليس قبل ذلك، كما أن الامتياز يبقى على المحصول حتى ولو تصرف المدين فيه الى الغير، ما لم يصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول الوارد فى المادة ٩٧٦ مدنى.

٢١٢ - أما الحق الممتاز بالنسبة للطائفة الثانية فانه يتعلق بالمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة، ويقصد بألات الزراعة «كل الآلات التى تستعمل فى حرث الأرض وتحضيرها للزراعة وريها وجنى المحصول ودرس الغلال وحفظ الثمار ونقلها فى داخل المزرعة»[١].

٢١٣ - ويقع الامتياز على الآلات الزراعية، ولا يرد على المحصول بحجة أن ثمن الآلات قد استخدم فى انتاج المحصول[٢].

٢١٤- ومرتبة امتياز نفقات الزراعة وامتياز آليات الزراعة تعتبر مرتبة واحدة، وهى تالية لمرتبة حقوق الامتياز المتقدمة، أى أنها تقع فى المرتبة الخامسة، فاذا تنازع دائنون متعددون، كأن تنازع بائع البذور مع بائع

(١) السنهورى: المرجع السابق، فقرة ٦٩٧، ص ٩٦٨.
(٢) السنهورى: المرجع السابق، فقرة ٧٠٠، ص ٩٦٩.

الأسمدة، فأنهم يستوفون حقوقهم بنسبة قيمة كل منها، ولا يتصور أن تتراحم مصروفات الزراعة ومصروفات الآلات الزراعية وذلك لاختلاف محل كل من الامتيازين، فالأول محله المحصول والثانى محله الآلات الزراعية.

سادساً: امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق

١- امتياز مؤجر العقار:

٢١٥- وقد نص على امتياز مؤجر العقار فى المادة ١١٤٣ حيث أنها تضمنت تنظيم دقيق لهذا الامتياز، ويستفاد من هذا النص أن هذا الامتياز لا يكون الا لمؤجر العقار، سواء كان مالكا للعقار المؤجر أم غير مالك له، كصاحب حق انتفاع أو مستأجر، وعلى ذلك فان هذا الامتياز لا يثبت لمؤجر المنقول أيا كان نوعه.

٢١٦- والحق الممتاز يتعلق بكل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار فى حدود ما نصت عليه المادة ١١٤٣/١. وهذا النص لم يجعل ممتازا سوى «أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك» وبذلك يكون المشرع قد وضع حدا أقصى للأجرة التى تعتبر حقا ممتازا. ويضمن الامتياز فضلا عن الأجرة أى حق آخر للمؤجر يستند الى عقد الايجار، كمبلغ تعويض عن تلف العين المؤجرة أو عن اساءة استعمالها أو عن احداث تغيير بها بغير وجه حق، أو عن عدم المحافظة عليها أو عدم اجراء الترميمات التأجيرية اللازمة لها.

٢١٧- ويقع امتياز مؤجر العقار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجرين من منقول قابل للحجز، ومن محصول زراعى. فمحل الامتياز هو المنقولات الموجودة فى العقار المؤجر، وهى عادة، تكون فى ايجار لمبانى، آثاثا بالنسبة للمسكن، يضاف اليه البضائع بالنسبة للمتجر. والآلات والأدوات بالنسبة للمصنع. وتكون فى ايجار الأراضى الزراعية،

حاصلات ومواشى وآلات زراعية. وهذا لا يعنى حصر المنقولات التى يقع عليها الامتياز، وانما هو من قبيل التمثيل بالمعتاد والمألوف. ويمكن القول أن الامتياز يقع على كافة المنقولات الموضوعة فى العين المؤجرة. ويجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر، ومع ذلك فان المشرع قد خرج على هذا الأصل ونص على أن يثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر، أو كانت مملوكة للغير، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها (م ٢/١١٤٣ مدنى).

٢١٨ - أما بالنسبة لمنقولات ومحصولات المستأجر من الباطن، فان الامتياز يقع عليها أيضا، اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الايجار من الباطن. فاذا لم يشترط ذلك، فلا يثبت الامتياز الا بالنسبة للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر (م ٣/١١٤٣ مدنى).

٢١٩ - ويأتى امتياز المؤجر فى المرتبة السادسة بعد الامتيازات السابقة. واذا كان المنقول الذى ادخل فى العين محملا بامتياز. وكان المؤجر يجهل ذلك فلا يحتج عليه بالامتياز على المنقول (م ٤/١١٤٣ مدنى).

٢٢٠ - ولحماية امتياز المؤجر فان المشرع قرر عدة ضمانات منها أن يلتزم المستأجر بأن يضع فى العين المؤجرة آثاثاً، أو بضائع أو محصولات، أو مواشى، أو أدوات، وتكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين، أو عن كل مدة الايجار اذا قلت عن سنتين، ما لم يقدم للمؤجر تأمينا آخر أو يعجل له الأجرة (م ٥٨٨ مدنى). كما أعطى المشرع للمؤجر الحق فى حبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر (م ١/٥٨٩ مدنى). كما أن له، ضمانا لحق الامتياز المقرر لمصلحته ،أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة (م ١/٣١٧ مرافعات). وقد أعطى المشرع للمؤجر حق تتبع المنقولات

لمباشرة حقه، وذلك اذا خرجت بغير علمه أو رغم معارضته حتى ولو كانت فى يد الغير حسن النية وذلك خلال ثلاث سنوات من يوم نقل المنقولات خارج العين المؤجرة، واذا وقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا وفقاً لنص المادة ٢/٣١٧ مرافعات (م ٥/١١٤٣ مدنى) . واذا بيعت المنقولات الى مشتر حسن النية فى سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها، فانه لا يكون للمؤجر، حتى ولو أوقع الحجز الاستحقاقى فى الميعاد القانونى، أن يباشر امتيازه عليها، الا اذا رد الثمن الى من اشتراها (م ٥/١١٤٣ مدنى) .

٢- امتياز صاحب الفندق :

٢٢١- يقرر القانون لصاحب الفندق امتيازا على أمتعة النزيل، ضمانا لما يستحق له بسبب اقامته فى الفندق. وفى هذا الضمان حماية له لعدم علمه بحالة النزيل من اليسار. ومبنى هذا الامتياز فكرة الرهن الضمنى كما هو الحال فى امتياز المؤجر.

٢٢٢- وقد نصت المادة ١/١١٤ مدنى على أن «المبالغ المستحقة لصاحب الفندق على ذمة النزيل عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته» . وعلى ذلك يشمل الحق الممتاز. ما هو مستحق لصاحب الفندق، فى ذمة النزيل، فى مقابل المأوى والطعام والشراب، والخدمات الأخرى للنزيل ولأفراد أسرته وتابعيه النازلين معه.

٢٢٣- ويقع الامتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق، أو فى ملحقاته، ويدخل فى هذا الاصطلاح جميع المنقولات المادية التى يحضرها النزيل أو أفراد أسرته النازلين معه، ولو كانت نقودا، أو حليا فى الفندق أو فى ملحقاته. وهذا الامتياز يثبت لصاحب الفندق على الأمتعة حتى ولو كانت غير مملوكة للنزيل، اذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة (م ٢/١٤٤) ، ولصاحب الفندق أيضا أن يعارضه فى نقل الأمتعة من فندقه ما

لم يستوف حقه كاملا. وإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ٢/١١٤٤ مدنى).

٢٢٤ـ ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لامتياز المؤجر، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر (م ٣/١١٤٤ مدنى).

سابعاً: امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم فيه

١- امتياز بائع المنقول:

٢٢٥ـ وقد نصت المادة ١١٤٥ مدنى على هذا الامتياز. والحكمة من هذا الامتياز هو أن البائع هو الذى أدخل المنقول فى ذمة المشترى وترتب على ذلك زيادة فى ذمته بقدر قيمة هذا المنقول. وعلى ذلك فاذا أجيز لدائنى المشترى أن يستوفوا حقوقهم قبل أن يحصل البائع على ثمن هذا المنقول لأدى هذا إلى اثراء الدائنين على حساب البائع، ولذلك قد قرر المشرع هنا الامتياز استجابة لأعتبارات العدالة.

٢٢٦ـ ويثبت الامتياز لما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وعلى ذلك فان هذا الامتياز يقتصر فقط على الثمن المستحق أو على الجزء المستحق له من هذا الثمن، وكذلك ملحقات الثمن من فوائد ومصروفات، وعلى ذلك لا يضمن الامتياز مبالغ التعويض أو أى دين آخر مستحق بعقد البيع غير ما تقدم.

٢٢٧ـ ويقع الامتياز على المنقول المبيع، سواء كان المنقول ماديا أو معنويا، وينقضى هذا الامتياز بهلاك المنقول أو فقده لذاتيته. فاذا طرأ على المنقول تغيير أفقده ذاتيته، كما اذا كان قمحا، وصار، بطحنه، دقيقاً، فان الامتياز ينقضى بذلك، أما اذا لم يترتب على هذا التغيير فقد ذاتيته، فلا يكون له أثر على الامتياز الذى يتعلق بالمنقول رغم هذا التغيير، كما اذا كان قماشا فصنع ملابسا.

٢٢٨ ـ ويكون هذا الامتياز تاليا فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على المنقول (م ١١٤٥/١ مدنى) . لكن هذا الامتياز يسرى فى حق المؤجر، وصاحب الفندق، اذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو فى الفندق (م ١١٤٥/٢ مدنى) . ومع ذلك فان امتياز بائع المنقول لا يخل بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ١١٤٥/١ مدنى) . ويقصد المشرع بهذه العبارة، على ما يبدو، الاشارة الى القاعدة الواردة فى نص المادة ٢/٩٧٦ مدنى.

٣- امتياز المتقاسم في المنقول :

٢٢٩ ـ قد أعطت المادة ١١٤٦ مدنى للشركاء المتقاسمين للمنقول حق امتياز عليه . وذلك ليضمن رجوع المتقاسم، على بقية المتقاسمين، فى استيفاء حقوقه الناشئة عن القسمة .

٢٣٠ ـ ويتحدد الحق الممتاز فى الالتزامات التى تنشأ من عقد القسمة، وهى ثلاثة: ضمان الاستحقاق، والالتزام بدفع المعدل، والالتزام بدفع ثمن التصفية .

٢٣١ ـ ويرد هذا الامتياز على الحصة المفرزه التى وقعت فى نصيب المتقاسم، ويرد، فى حالة قسمة التصفية، على العين التى آلت الى الشريك .

٢٣٢ ـ وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع (م ١١٤٦/٢ مدنى)، فان تزاحما قدم الاسبق فى التاريخ .

المبحث الثاني : حقوق الامتياز العقارية الخاصة

٢٣٣ ـ قد قرر المشرع، فى التقنين المدنى، ثلاثة حقوق امتياز خاصة ترد على عقار، وهى امتياز بائع العقار، امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين، وامتياز المتقاسم فى العقار .

أولاً : امتياز بائع العقار

٢٣٤ - وقد جاء هذا الامتياز فى نص المادة ١١٤٧ مدنى حيث أنها نصت على أنه «١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع»، «٢- ويجب أن يقيد الامتياز، ولو كان البيع مسجلا، وتكون مرتبته من وقت القيد».

٢٣٥ - على ذلك، فانه يجب لقيام الامتياز، أن يوجد عقد بيع، ويلحق الفقه بالبيع المقايضة والوفاء بمقابل اذا التزم المقايض أو الدائن بدفع معدل، ويجب أن يكون المبيع حقا عينيا عقاريا جائزا بيعه بالمزاد العلنى[١].

٢٣٦- الحق الممتاز هو للثمن وملحقاته، كالفوائد والمصاريف التى يلتزم بها المشترى. وعلى ذلك فانه لا يدخل فى الحق الممتاز مبالغ أخرى. كتعويض يلزم المشترى بدفعه لاخلاله بالتزاماته[٢].

٢٣٧- ويقع محل الامتياز على العقار المبيع، ويشمل العقار كله ولو كان الثمن قد دفع جزء منه، وذلك طبقا لمبدأ عدم تجزئة التأمين العينى، ويشمل الامتياز ملحقات العقار، كالعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات، كما يمتد الى الثمار التى تلحق بالعقار منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية.

٢٣٨- وتحدد مرتبة هذا الامتياز بتاريخ القيد، كما هو الحال فى الرهن الرسمى، ويجب قيد هذا الامتياز ولو كان عقد البيع مسجلا، وتكون الأفضلية للأسبق فى القيد.

ثانياً : امتياز المقاول والمهندس المعماري

٢٣٩- وقد نصت على هذا الامتياز المادة ١١٤٨ مدنى، ويتأسس هذا الامتياز على أن الدائن قد زاد بماله، أو بعمله فى أموال المدين فمن العدالة اذن أن يتقدم فى استيفاء حقه فى حدود ما زاده.

---

(١) السنهورى: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٣٢، ص ١٠٠٠.

(٢) السنهورى: المرجع السابق، فقرة ٧٣١، ص ٩٩٩.

٢٤٠ـ ويشمل الحق الممتاز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد أبنية، أو منشآت أخرى. أو فى إعادة تشييدها، أو فى ترميمها، أو فى صيانتها، (م ١١٤٨/١ مدنى).

٢٤١ـ ويقع الامتياز على المنشآت بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه، وعلى ذلك فان الامتياز لا يقع على العقار كله وانما يتحدد بقدر ما زاد فى قيمة العقار وقت بيعه بسبب هذه الأعمال، كما يجب أن تظل تلك الزيادة الى وقت البيع. ويقدر القاضى مقدار الزيادة التى يباشر عليها الامتياز وقت البيع، وله أن يستعين فى ذلك بخبراء[1].

٢٤٢ ـ ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد (م ١١٤٨/٢ مدنى) واذا تزاحم الامتياز مع أى حق عينى آخر على العقار، قدم الأسبق منهما فى تاريخ شهرة[2].

ثالثاً: امتياز المتقاسم في العقار

٢٤٣ ـ وقد نصت المادة ١١٤٩ مدنى على هذا الامتياز، والغرض من تقرير هذا الامتياز هو ضمان الوفاء بالالتزامات الناتجة عن القسمة.

٢٤٤ ـ والحق الممتاز هو الالتزامات التى تنشأ عن عقد القسمة، وهى ثلاثة، ضمان الاستحقاق، والالتزام بدفع المعدل والالتزام بدفع ثمن التصفية.

٢٤٥ـ ويرد الامتياز على الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم، وفى قسمة التصفية يرد الامتياز على العقار الذى كان محلا لها ورسا مزاده على أحد الشركاء، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد (م ١١٤٩ مدنى).

---

(١) السنهورى: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٣٦، ص ١٠٠٣ ـ ١٠٠٤.

(٢) السنهورى: المرجع السابق، فقرة ٧٣٨، ص ١٠٠٤.



الكتاب الثاني
التأمينات الشخصية

تمهيـــد:

٢٤٦ - أنواع التأمينات الشخصية وتحديد نطاق الدراسة:

يقصد بالتأمينات الشخصية الالتزامات الشخصية التى تضاف إلى التزام المدين، وهى عبارة عن ضم ذمة الى ذمة أخرى لضمان حق الدائن. قد يكون هذا التعدد أو الضم على قدم المساواة، أى يكون المدينون ملزمين جميعاً فى الدرجة الأولى، أى أنهم ملزمين جميعاً بصفة أصلية بكل الدين فيسطيع الدائن أن يرجع على أى منهم دون تمييز ليطالبه بالدين كاملاً. ويتحقق ذلك فى حالة التضامن السلبى، أى التضامن بين المدينين، وحالة عدم قابلية الالتزام للانقسام. وفى الانابة غير الكاملة وفى الدعوى المباشرة. وكل هذه المسائل قد سبقت دراستها ضمن مباحث الالتزامات.

وقد يكون هذا التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة، وإنما تختلف درجة مسئولية المدينين من الوفاء بالتزام، فتكون مسئولية بعضهم فى الدرجة الأولى ولا تأتى مسئولية البعض الآخر إلا فى الدرجة الثانية، أى أن البعض يسألون بصفة أصلية عن الوفاء بالتزام ولا يسأل البعض الآخر إلا بصفة تبعية أى فى حالة عدم وفاء الأولين، ويتحقق ذلك فى الكفالة العادية. أما فى الكفالة التضامنية فيستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلى أو على الكفيل المتضامن مع المدين أيهما يشاء.

ويترتب على ذلك أن كل من الحق فى الحبس والكفالة العينية لا يدخل ضمن دراسة التأمينات الشخصية. حيث أن الحق فى الحبس يترجم فى الواقع العملى إلى حبس الدائن تحت يده مالا خاصاً للمدين حتى يستوفى منه حقه، فهو ليس من التأمينات الشخصية[1]، كما أنه لا يرقى إلى مرتبة

(١) أنظر عكس ذلك: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢٨.

التأمينات العينية لأنه لا يخول للدائن ما يخول له الحق العينى من حق تقدم وحق تتبع على الشئ المثقل بهذا الحق[1]، والكفالة العينية لا تدخل أيضا فى التأمينات الشخصية، لأن الكفيل العينى لا يلتزم شخصيا بل يقدم مالا مملوكا له يكون عليه رهناً ليضمن الوفاء بحق شخصى للدائن. ولذلك فأن الكفالة العينية تعتبر تأمينا عينيا ولكن تتميز بأن الذى يقدم هذا المال ليس المدين، كما هو الأمر عادة فى التأمين العينى، بل شخص آخر غيره وذلك ليضمنه فى مواجهة دائنه، وتدرس الكفالة العينية ضمن التأمينات العينية.

ولذلك سوف نقتصر فى هذا الكتاب على دراسة الكفالة فى صورتها البسيطة والتضامنية.

٢٤٧ - خطة البحث:

وسيقع بحثنا فى الكفالة فى باب واحد. به فصل تمهيدى وفصول أربعة رئيسية:

نتناول فى الفصل التمهدى التطور التاريخى للكفالة وتعريفها وخصائصها وتمييزها بعد ذلك عن غيرها من العقود التى تشابهها، ثم بعد ذلك ندرس مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها فى هذا الكفيل. ثم تنقسم الدراسة بعد ذلك إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: فى أركان عقد الكفالة وشروط صحته.

الفصل الثاني: فى اثبات الكفالة وتفسيرها.

الفصل الثالث: فى آثار الكفالة.

الفصل الرابع: فى انقضاء الكفالة.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، فقرة ٩، ص ١٦.

باب واحد

الكفالـــــة

Le Cautionnement



فصل تمهيدي

نظرة أولية على الكفالة

فى هذا الفصل سنعنى بالتطور التاريخى للكفالة، وبتعريف الكفالة وبيان خصائصها لنصل إلى تمييز الكفالة عما قد يشتبه بها من عقود، ثم فى النهاية نبرز مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها فى الكفيل، وكذلك نبين العلاقة بين الكفالة والتأمينات العينية.

المبحث الأول: التطور التاريخي للكفالة

- **في القانون الروماني** كانت الكفالة ترتكز بصفة أساسية على التضامن العائلى الذى يمثل حجر الزاوية فى التنظيم الاجتماعى. ولم يكن يختلف مركز الكفيل فى أول عهود القانون الرومانى عن مركز المدين المتضامن، فهو ملتزم بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلى[1] فلم تكن الكفالة عندذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هى والتضامن شيئا واحداً، وقد كان هناك شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن[2].

فى فترة لاحقة بدأت تظهر صفة التبعية لالتزام الكفيل. كما أعترف بالدفع بالتجريد "un bénéfice de discussion"، والذى بمقتضاه يلزم الدائن بالتنفيذ أولاً على المدين الأصلى. وكذلك أقر الدفع بالتقسيم Le bénéfice de divsion فى حالة تعدد الكفلاء. ولكن فى العمل ظهرت الكفالة التضامنية ليتخلص الدائن من هذه الدفوع[3].

- **في القانون الفرنسي القديم** تحت تأثير النصوص الرومانية فى القرن الرابع عشر لم يلق الكفيل المعاملة القاسية والبدائية التى كان يعامل بها من

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك:

- H. et L. Mazeaud, Leçons de droit civil, T. III, Vol. 1, par F. Chabas, 5e éd, p. 17, Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, le Sûretés, 2éd, no. 103, p. 22; Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 2e éd., no. 4, p. 5 et s.

(٢) عبد الرازق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، الجزء العاشر، ص ٢٢.

(3) H-et L. Mazeaud, loc. cit, p. 17.

قبل، وأعطى حق التمسك بالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم. كما أنه فى حالة قيام الكفيل بالوفاء بدين المدين خول له الحلول محل الدائن فى رجوعه على المدين بدلا من الوكالة الرومانية(١).

– وقد تلقى تقنين نابليون هذه القواعد وقننها فى المواد من ٢٠١١ إلى ٢٠٤٣. وقد ظهرت أيضاً فى الحياة العملية نفس المشكلة التى ظهرت منذ قديم وهو تنازل الكفيل عادة عن الدفوع القانونية، سواء كان هذا تنازلا مباشراً عنها أو غير مباشر بأن يعرض عليه الكفالة التضامنية(٢).

- **في القانون الفرنسي الحديث** ظل قانون الكفالة يتسم خلال زمنا طويلا بالسكون حيث أن التأمينات العينية لم تترك له، فى مجتمع زراعى، إلا دوراً ثانوياً. وظلت الكفالة منظور إليها باعتبارها خدمة من الأصدقاء أو الأقرباء، فعقد الكفالة يعتبر من عقود التفضل (م ١١٠٥ من التقنين الفرنسى) فهى بطبيعتها تبرعية وغريبة عن عالم المعاملات الاقتصادية، فالكفيل لا يسعى إلى أى مزايا شخصية. ولهذا السبب شغلت الكفالة مكاناً متواضعاً لدى فقهاء القرن التاسع عشر باعتبارها من بين العقود الصغيرة "petits contrats" بالمقابلة للعقود الكبيرة "grands contrats" مثل البيع أو الإيجار(٣).

فى خلال عشرات السنين عرفت الكفالة ثورة. ففى الوقت الحاضر تعتبر الكفالة أداة رئيسية فى الاقتصاد. وهذه الانطلاقة ترجع إلى عدة أسباب:

أولاً: تطور الائتمان فى الوقت الحاضر، سواء بالنسبة للصناع، أو التجار أو المستهلكين ونحن نعلم أن الائتمان يستلزم التأمينات(٤)، وتتصدر الكفالة هذه التأمينات حيث أنها بسيطة فى تكوينها لا تستلزم شكلاً معيناً ولا علانية

(1) Ph. Malaurie, L., Aynés. op. cit, no 104 p. 22.

(2) Mazeaud. op. cit. p. 17; A Weill. droit civil. les sûretés. la puhlicité foncière, Dalloz, 1979, p. 5.
R. Tendler, le cautionnement. Reine éphémère des sûretés. dalloz, 1981; P. 129.

(3) Ph. Malaurie. L., Aynés. op. cit, no. 105 p. 22.

(٤) أنظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، ١٩٩٠، ص ١٤٧ وما بعدها.

معينة، قليلة التكاليف، لا تبدد إئتمان المدين وذلك على خلاف التأمينات العينية. كما أن التأمينات العينية فقدت كثيراً من قوتها فى صالح التأمينات الشخصية ووسائل الضمان الحديثة خاصة فى ظل قوانين الإفلاس الحديثة فى كثير من دول العالم[1]. ثانيا : اهتمام المؤسسات المالية (البنوك وغيرها من المؤسسات المالية) بتقديم الكفالة للدائنين فى مجالات الائتمان المختلفة مما أدى ذلك إلى «مصرفة الكفالة»[2]، ثالثا : ظهور الكفيل صاحب المصلحة، فمثلاً نجد مدير شركة معينة، أو مساهم يملك أغلبية الأسهم فى شركة معينة أو شركة أم يضمن لدى بنك معين الشركة حتى تتمكن من الحصول أو المحافظة على إئتمان معين. أو يقوم بنك بضمان أحد عملائه فى الحصول على إئتمان معين فى مقابل عمولة معينة. والبنك هنا لم يفعل شئ إلا مجرد توقيع دون أن يقدم أى أموال لعميله.

قد ترتب على هذا الإنطلاقة للكفالة أن حاول القضاء الفرنسى جاهداً حماية الكفيل بوسائل متعددة[3]. كما أن المشرع الفرنسى قد سار فى هذا الإتجاه، ففى قانون أول مارس ١٩٨٤ أنشئ التزام بالتبصير على عاتق مؤسسات الائتمان (م ٤٨). وحرم هذا القانون النزول عن حق الحلول فى الدعاوى (م ٤٩). وفى قانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩ مد الحماية المقررة فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ المسمى بقانون Scrivener I والخاص بحماية المستهلك فى مجال الائتمان المخصص لتمويل بيع المنقولات وأداء الخدمات إلى الكفلاء لهذه العمليات الائتمانية. وفى قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بالوقاية والعلاج للصعوبات الناشئة عن الإسراف فى الاستدانة من جانب الأفراد

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٤ وما بعدها (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية فى القانون المدنى ١٩٩٣).

(٢) أنظر: Ph. Malaurie. L., Aynés, op. cit. no, 106, p. 22, 23.
Aubry et Rau, Droit civil français. 7e édit par Esmein et A. Ponsard. T. Iv, 1075 par. A. Ponsard et De la Batie. P. 317 et s.

(٣) أنظر: Ph. Simler, op. cit, no, 4 p. 6.

والأسر قد أضفى الحماية الفعالة أيضاً على الكفلاء (م ١٩ - ٢٢) وهذه الحماية تتمثل فى الالتجاء إلى الشكلية من ناحية، وفى الإعفاء من بعض الإلتزامات من ناحية أخرى[١]، فى صدد العمليات الائتمانية المنصوص عليها فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، وقانون ١٣ يوليو ١٩٧٩.

المبحث الثاني

تعريف الكفالة وبيان خصائصها

وقد أورد المشرع تعريفاً للكفالة فى المادة ٧٧٢ مدنى، فيجب علينا إذن أن نقوم بتحليل هذا التعريف وبيان عناصره، ثم يمكننا بعد ذلك أن نستلخص منه الخصائص المميزة للكفالة.

وعلى ضوء ذلك سوف نعرض أولاً لتعريف الكفالة، ثم نبين ثانياً خصائص الكفالة.

أولاً : تعريف الكفالة

قد نصت المادة ٧٧٢ مدنى على أن «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الإلتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه» وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ٢٠١١ من التقنين المدنى الفرنسى[٢].

من هذا التعريف يبين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين، بل أنه لا يشترط فى عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته (م ٧٧٥ مدنى). ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماماً عن عقد الكفالة، حيث أن هذا العقد ما تم إلا ليضمن إلتزام هذا المدين لدائنه وبالتالى ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان[٣].

---

(١) أنظر مؤلفنا نحو قانون للإفلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١، ص ٢١٧، وما بعدها.

(٢) أنظر: - Aubry et Rau, op, cit, no 2/3 p. 317, ph. Malaurie. L., Aynés, op. cit. no 100 p. Ph. Simler, op. cit, no 8 p. 11.

(٣) قارن عبد الفتاح عبد الباقى، أحكام القانون المدنى المصرى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية ١٩٥٤، فقرة ١٧، ص ٣٥.

ويبين أيضاً من هذا التعريف أن الكفالة ترتكز على التزام أصلى وتعمل على ضمان الوفاء به، فالكفالة ترتب التزاما شخصيا فى ذمه الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلى إذا لم يف به المدين. والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلى فى وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه بل وفى أوصافه. ويستطيع الكفيل أن يدفع بكل الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ولكنه يجوز أن يكون أهون. كما أن الكفيل يستفيد من كل تغير طارئ فى الالتزام المكفول ولكنه لا يضار من هذا التغيير.

ومما تجدر الاشارة إليه أنه لا ينبغى أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة فى التعريف السابق، وهو «إذا لم يف به المدين»، ان التزام الكفيل معلق على شرط واقف. وهو عدم قيام المدين الأصلى بالوفاء فالتزام الكفيل التزام بات يترتب فى ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة. وإنما يراد من هذا التعليق ابراز الصفة الاحتياطية للكفالة والتى تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب أولا المدين (م ٧٨٨/١ مدنى) وأن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله (م ٧٨٨/٢ مدنى) وسوف نعرض لذلك بالتفصيل عند الكلام عن آثار الكفالة.

يجب ألا نخلط بين الكفالة بهذا المعنى وبين ما أصطلح على تسميته كفالة. خاصة فى الأحوال التى يقوم بها بعض الأشخاص بايداع مبالغ من النقود أو القيم المنقولة كضمان لدين، وكذلك ما يقوم بإيداعه المتهم فى المسائل الجنائية من مبالغ نقدية فى خزانة المحكمة لاطلاق سراحه(١). ففى كل هذه الأحوال لسنا بصدد كفالة بالمعنى القانونى الذى أوضحناه، أى كتأمين شخصى، وانما بصدد نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الرهن الحيازى. وتسرى بالتالى عليه أحكام هذا الرهن(٢).

(١) أنظر فى أمثلة أخرى من القانون الفرنسى A. Weill, op. cit. no 7 p. 10 فى القانون المصرى عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السباق، ص ٣٤، رمضان أبو السعود، الوسيط فى التأمينات الشخصية والعينية. الجزء الأول، طبعة أولى ١٩٨٠، ص ٣٦.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ١٠، ص ٢٠، عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٣٤.

ثانياً: خصائص الكفالة

على ضوء التعريف السابق نستطيع أن نجمل خصائص الكفالة فيما يلي:

١- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي Contrat de garantie personnelle فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين، أي أنها تمنح الدائن ضماناً شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه.. وبذلك يكون كل من المدين والكفيل مسئولا مسئولية شخصية في جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين، مع مراعاة أن مسئولية الكفيل مسئولية إحتياطية، أي عند عدم وفاء المدين بالتزامه.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الاعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال مازال قائما بالنسبة للكفيل. غير أنه في الوقت الحاضر، بعد شيوع إستخدام الكفالة، أصبح الضمان الذى تقدمه الكفالة أكثر أماناً خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للمشروعات وللأفراد للحصول على الائتمان اللازم على النحو السابق بيانه[1].

٢- عقد الكفالة عقد رضائي Contrat çonsensuel فهو ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن. فلا يشترط فيه أي شكل خاص. وإن كان المشرع يشترط الكتابة للاثبات (م٧٧٣ مدني) فان هذا الشرط ليس شرطاً ضرورياً للانعقاد ولكنه شرط لازم للاثبات. ومع ذلك يمكن إثباتها بما يمكن أن يقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين.

ونظراً لخطورة التزام الكفيل حاول القضاء الفرنسي توظيف نصوص تقنين نابليون لتوفير الحماية اللازمة للكفلاء وبصفة خاصة نص المادة ٢٠١٥ من التقنين المدني الفرنسي والذى يشترط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ونص المادة ١٣٢٦ من نفس التقنين (بعد تعديلها بقانون ١٢ يوليو

---

(١) أنظر بصفة خاصة: R. Tendler, op. cit. p. 129.

١٩٨٠) التى تتطلب بياناً مكتوباً فى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، إلى حد أن الدائرة المدنية الأولى فى محكمة النقض الفرنسية ذهبت فى أحكامها اعتباراً من عام ١٩٨٤ إلى أن الجمع بين نص المادة ١٣٢٦ و ٢٠١٥ يؤدى إلى إعتبار أن اشتراط البيان المكتوب لا يتعلق فحسب بمجرد قواعد الاثبات وإنما له غاية معينة وهى حماية الكفيل؛ مما قد يفهم منه أن جزاء تخلف أو عدم كفاية البيان المكتوب هو البطلان مما يجعل من هذا البيان شرط شكلى لازم لصحة الاتفاق، وبالتالى يجعل من الكفالة عقداً شكلياً. هذا القضاء، خاصة وأن الدائرة التجارية لم تأخذ به، لم يستمر طويلاً حيث نفس الدائرة المدنية عادت وقررت أن المادة ١٣٢٦ و ٢٠١٥ تشكل قواعد إثبات[١].

- إستثناءات تشريعية في فرنسا:

إغراء الشكلية فى هذا المجال لم يكن جديداً بالمرة. وهذا راجع إلى أن التزام الكفيل يمثل بصفة خاصة خطورة لا جدال فيها. هذه الخطورة لا ترجع إلى الطابع الرضائى لعقد الكفالة وإنما ترجع أكثر إلى طبيعته الملزمة لجانب واحد حيث أنه فى مجال الاثبات لا يتم الإ كتابة نسخة واحدة من العقد يحتفظ بها الدائن، مما يترتب عليه أن الكفيل لا يحتفظ بأى أثر يدل على التزامه مما يعرضه لنسيانه، بل إن ورثته لا يكون لديهم أى علم به.

ومن أجل ذلك قد إقترح إنشاء نظام للشهر والعلانية لالتزامات الكفيل حتى يتسنى للغير معرفة القدرة الائتمانية للشخص إلى جانب أنه يهيئ للكفيل نفسه وورثته أداة للاعلام. ولكن حجم الصعوبات التى واجهت مثل هذا النظام جعلت قيامه قليل الاحتمال.

لكن المشرع قد سار فى طريق آخر ففى صدد حمايته للمستهلك كفل الحماية أيضا للكفلاء. فالمادة ٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩ إستلزمت بصدد البيع بالأجل أن يقدم مسبقاً عرضا متضمنا كل الخصائص

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك: Ph. Simler, op. cit. no, 50 p. 45 ets.

المميزة للعقد إلى كل من المقترض وكفيله. كما أن المادة الثانية من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ والمعدله بقانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩ نصت على أن «نصوص هذا القانون تطبق على كل عملية إئتمان، وكذلك على كفالتها المحتمله..» هذه الحماية للكفلاء لا أثر لها على شكل الكفالة.

لكن النصوص الجديدة التى جاءت فيما بعد إستسلمت أكثر لاغراء الشكلية، من ذلك النصوص المضافة إلى كل من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩ (القوانين المتعلقة بعمليات الائتمان الاستهلاكى فى المنقول والعقار) بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ (القانون الخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الاسراف فى الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر). فطبقاً لنص المادة ١/٧ الجديد المضاف إلى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ (م ١٩ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩) أن «الشخص الطبيعى الذى يلتزم بمقتضى ورقة عرفية بصفته كفيلاً فى عملية من العمليات المنصوص عليها فى المادة ٢ يجب أن يسبق توقيعه بالبيان المكتوب الآتى، وبصفة خاصة ما يلى: «بصفتى كفيلا (لفلان) فى حدود مبلغ وقدره (.....) (يشمل المبلغ الأصلى والفوائد، وعند الاقتضاء، الشروط الجزائية وفوائد التأخير) لمدة قدرها (....) أتعهد بأن أدفع للمقرض المبالغ المستحقة من دخلى وأموالى إذا (فلان - المدين) لم يف هو نفسه بهذه المبالغ».

وإذا كانت الكفالة تضامنية، يجب أن تكتب العبارة التالية «إننى أتنازل عن الدفع بالتجريد الوارد فى نص المادة ٢٠٢١ من التقنين المدنى، وأننى التزم تضامنيا مع (فلان) وأتعهد بأن أدفع للدائن دون أن اشترط عليه الرجوع أولا على (فلان)...». ونفس الشئ بالنسبة لنص المادة ١/٩، ٢/٩ الجديد من قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ (م ٢٢ من قانون ١٩٨٩/١٢/٣١) وبذلك أصبحت الكتابة شرط إنعقاد بالنسبة للكفالة المقدمة لضمان العمليات المنصوص عليها فى قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ [١].

(١) أنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا نحو قانون للافلاس المدنى، السابق الاشارة إليه، ص ١١٧، وما بعدها وأنظر كذلك: Ph. Simier, op. cit. no 52, p. 47, 48, no 193 p. 164

٣- عقد الكفالة عقد تابع:

– تعتبر هذه الخصيصة من أهم خصائص الكفالة، بل أنها تعتبر المعيار الفاصل لتمييز الكفالة عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية. فحول هذه الصفة تتبلور جميع أحكام الكفالة سواء من حيث الانعقاد والصحة والبطلان والأوصاف أو الوجود والانقضاء أو الآثار. فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين. وعلى ذلك فإنه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد التزام أصلى بين الدائن والمدين، لكى ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به [١].

وصفة التبعية فى الكفالة لها نطاق أوسع ومعنى أدق وأعمق من مجرد العلاقة بين الضمان والدين المضمون. فالكفالة تتميز بتبعيتها المباشرة والضيقة للالتزام المكفول. وتفسير ذلك ببساطة يرجع إلى أن محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الأصلى عند عدم وفاء هذا الأخير به. فإذا كان هناك علاقتان، العلاقة بين المدين والدائن والعلاقة بين الدائن والكفيل، وهناك التزامان مستقلان، التزام المدين فى مواجهة الدائن والتزام الكفيل فى مواجهة الدائن، إلا أنه مع ذلك لا يوجد إلا دين واحد يجب الوفاء به، لذلك فان كل ما يمس هذا الدين ينعكس بالضرورة على التزام الكفيل.

– صفة التبعية تعتبر من جوهر الكفالة وتشكل الفيصل فى تكييف عقد الكفالة. وعلى ذلك فان كل إتفاق للضمان لا يتوفر فيه صفة التبعية فأنه لا يعتبر كفاله. وعلى العكس كل إتفاق للضمان الشخصى يتصف بهذه الصفة فإنه يعتبر كفالة أيا كانت الألفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين أو جرى العمل عليها.

– صفة التبعية تعتبر من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة وهذا ما يتضح بجلاء من المادة ٧٧٦ مدنى (م ١٠١٢/١ مدنى فرنسى) والتى تنص على أن «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، والمادة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٤٠، وأنظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٧، ص ١٤٨٧، ١٩٧٦/٣/١٥، نفس المجموعة، السنة ٢٧، ص ٦٣٧.

٧٨٠ مدنى (م ٢٠١٣ مدنى فرنسى) والتى تنص على أن «لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين. ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول». لذلك إذا أتجهت إرادة الأطراف إلى إبرام عقد الكفالة فأنهم لا يستطيعون إستبعاد النتائج التى تنشأ عن صفة التبعية.

– لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن صفة التبعية فى الكفالة تعتبر متعلقة بالنظام العام. فمبدأ الرضائية فى العقود يسمح بابرام الأطراف عقد من أجل ضمان دين معين ومع ذلك يستبعدون فيه هذه الصفة دون أن يكون فى ذلك أية مخالفة للنظام العام. غير أنهم بذلك يكونوا قد إستبعدوا صفة الكفالة عن هذا الاتفاق. وهذا هو الشأن، بصفة خاصة، بالنسبة للضمانات المستقلة التى لا تعد بأى حال من قبيل الكفالة [1]. وكذلك الانابة الناقصة التى تستخدم كوسيلة للضمان [2]، وأيضا الضمانات التعويضية، كخطابات النوايا أو الثقة[3] وغير ذلك.

– ومما تجدر الاشارة إليه ان اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطى للدائن ضمان أكبر فالكفيل تتجه إرادته دائما إلى الالتزام بصفة تبعية. لذلك إذا هو تنازل عن الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم فإنه يحتفظ دائماً بالحماية اللصيقة لصفة التبعية، وبصفة خاصة الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن الالتزام المكفول وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين، وكذلك التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م ٧٨٤ مدنى مصرى، ٢٠٣٧ مدنى فرنسى)، وكذلك تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا (م ٢/٧٨٥ مدنى مصرى).

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه السابق الاشارة إليه، ص ١٢٨، وما بعدها وبصفة خاصة، ص ١٣٨.

(٢) نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

(٣) نبيل سعد، المرجع السابق، ص ١٤٦ وما بعدها.

أ - نتائج صفة التبعية:

يترتب على صفة التبعية التى تلحق التزام الكفيل عدة نتائج نجملها فيما يلى:

١- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً (م ٧٧٦ مدنى مصرى).

٢- لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين. ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ١/٧٨٠ مدنى مصرى) ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون (م ٢/٧٨٠ مدنى مصرى) (أنظر م ٢٠١٣ مدنى فرنسى).

٣- كما أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ فى الالتزام المكفول ولكن لا يضار من هذا التغيير.

٤- أن مصير التزام الكفيل مرتبط، من عدة جوانب، بمصير الالتزام الأصلى.

أ - ينقضى إلتزام الكفيل بالتقادم نتيجة لإنقضاء الالتزام الأصلى بالتقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به حيث أن التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يرتكز إلى التزام أصلى يعمل على ضمان الوفاء به. وللكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلى ولم لم يتمسك به المدين، بل ولو نزل المدين عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، حيث أن هذا النزول نسبى لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوى المصلحة الآخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم باسمهم شخصيا، كالكفيل [1] كما أن سريان التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل لا يبدأ طالما أن الالتزام الأصلى غير مستحق الأداء.

---

(١) أنظر مولفنا فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ١٩٩٩، ص ٤٢٩.

ب- كما أن حجية الشئ المقضى ضد المدين الأصلى والمتعلقة بوجود الدين المكفول يحتج بها فى مواجهة الكفيل.

جـ- كما أن إنقضاء الالتزام الأصلى بالوفاء بمقابل يؤدى إلى براءة ذمة الكفيل ولو إستحق الشئ المعطى للوفاء فى يد الدائن (م ٧٨٣ مدنى).

د - يترتب على تجديد الالتزام المكفول إنقضاؤه بتوابعه وينشأ مكانه التزام جديد. ولا ينتقل إلى هذا الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية إلا إذا رضى الكفلاء بذلك (م ٣٥٨ مدنى).

٥- كما أن إنقضاء الالتزام الأصلى لأى سبب من أسباب الانقضاء يؤدى إلى انقضاء إلتزام الكفيل حيث أنه إذا انقضى الالتزام المكفول الذى يرتكز عليه التزام الكفيل فيجب أن ينقضى هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، وأن التابع يتبع المتبوع.

ب- حدود صفة التبعية:

صفة التعبية لا تؤدى بالضرورة إلى تطابق تام فى النظام القانونى للالتزامين. فإذا كان محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين نفسه لو لم يف به إلا أن التزام الكفيل مع ذلك ينشأ من عقد مستقل. هذا العقد يخضع لقواعد خاصة والتى لا تمس وظيفة الضمان ولنعرض لبعض مظاهر هذا الاستقلال فيما يلى:

١- لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة (م ٧٧٣ مدنى مصرى).

٢- الاتفاق على تحديد الاختصاص المحلى فى العقد الأصلى لا يسرى على الكفيل.

٣- تحديد الطبيعة المدنية أو التجارية للكفالة تؤدى غالباً إلى أن الكفالة تبقى مدنية بالرغم من أن الالتزام الأصلى كان تجارياً ولو كان الكفيل تاجراً

(م ٧٧٩ مدنى مصرى) مما يؤدى إلى أن كل من الالتزامين يخضعان لاختصاص نوعى واختصاص محلى مختلف.

٤- شرط التحكم الذى يتضمنه العقد الأصلى لا يجوز أن يحتج به على الكفيل لأنه ليس طرفاً فيه.

- نخلص مما تقدم أن الصفة التبعية لا تؤدى إلى حرمان عقد الكفالة من كل استقلالية. فطبيعته الرضائية والملزمة لجانب واحد تحدد نظامه القانونى بصفة خاصة من حيث صحته وإثباته دون الاحالة إلى العقد الأصلى، كما أن وجود إستثناءات حقيقية للصفة التبعية تؤكد، عند الضرورة، أنه لا محل من جعل هذه الصفة لعقد الكفالة ذات تطبيق منتظم وأعمى.

جـ- إستثناءات على صفة التبعية:

سوف نعرض هنا لبعض الاستثناءات على صفة التبعية نجملها فيما يلى:

١- القانون المدنى نفسه أكد أنه يمكن كفالة التزام ناقص الأهلية (م ٧٧٧ مدنى مصرى) بالرغم من تأكيده بأن لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام مكفول صحيحا (م ٧٧٦ مدنى مصرى) (م ٢٠١٢ مدنى فرنسى).

٢- سقوط الأجل بسبب شهر الافلاس أو الاعسار للمدين المكفول لا يؤدى إلى سقوطه بالنسبة للكفيل، إذ لا يلتزم هذا الأخير بالوفاء إلا عند حلول الأجل [١].

٣- لا يفيد الكفيل من الصلح الواقى الذى يحصل عليه المدين المكفول (م ٢/٧٦١ قانون تجارى جديد).

٤- عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد Contrat unilatéral:

أ - المبدأ: عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فى الأصل حيث الذى

---

(١) أنظر مؤلف السابق فى أحكام الالتزام، ص ٢٠٣.

يلتزم فى عقد الكفالة هو الكفيل وحده، أما الدائن وهو الطرف الآخر فى العقد فلا يلتزم عادة بشئ نحو الكفيل [1].

لا يغير من طبيعة عقد الكفالة، باعتباره عقد ملزم لجانب واحد، بحسب الأصل، ما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات. فإن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة، إذا أن المدين ليس طرفا فيه.

لا يغير أيضا من طبيعة الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد ما قد يتحمل به الدائن من التزامات فى هذا العقد. مثل ما تفرضه المادة ٨٨٧ مدنى على الدائن من تسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع، ومن وجوب العمل على نقل التأمين حتى يفيد به فى هذا الرجوع [2]. وذلك لأن هذه الالتزامات لا تتولد عن عقد الكفالة ذاته، وإنما تترتب على وفاء الدين، وهذا يعتبر واقعة لاحقة لابرام عقد الكفالة، ولذلك ليس من المتصور عقلا أن تصف عقد بأنه ملزم للجانبين بما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة وخارجة عنه. والدليل على ذلك أن الالتزام بتسليم المستندات ونقل التأمين يقع على عاتق كل دائن حينما يدفع له مدينه دينه، ولو لم تكن كفالة، ويظهر هذا الالتزام بصفة خاصة عندما يكون للموفى حق الحلول محل الدائن [3].

بالاضافة إلى ذلك فان هذا الالتزام يفترض أن بين يدى الدائن مستندات لازمة للرجوع على المدين، ويفترض أيضاً وجود تأمينات أخرى فى صالح الدائن مع أنه فى الغالب لا يكون بين يد الدائن أى مستندات من

---

(١) أنظر عكس ذلك سليمان مرقس، عقد الكفالة فى التقنين المدنى الحديث، طبعة ١٩٥٩، فقرة ٣٨، نفس المؤلف الوافى فى شرح القانون المدنى، ٣، فى العقود المسماه، المجلد الثالث الكفالة، ١٩٩٣، فقرة ٨، ص ١١.
- JOSSERAND. Cours de droit civil. T. II No. 1940.

(٢) أنظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨.
- JOSSERAND, op. cit., no. 1940.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٣٦ هامش (٢).
- A. WEILL, op. cit., les sûretés, No. 14, p. 20.

هذا النوع ولا يكون له سوى الضمان الشخصى الناشئ من الكفالة. ونتيجة لذلك فإن الدائن لا يضطلع إلا بالتزام احتمالى، كما أنه فى مضمونه التزام سلبى محقق وهو عدم تعريض رجوع الكفيل على المدين للخطر، وكل هذا لا يدخل فى تعريف الكفالة، وبالتالى فهو لا يعتبر من طبيعتها القانونية [١].

أما فيما يتعلق بما تقرره المادة ٧٨٤ من أنه تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئة من الضمانات [٢] وما تقرره المادة ٧٨٥ من أن ذمة الكمفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل له بوجوب تلك المطالبة ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً، وبما تقرره المادة ٧٨٦ من وجوب تقدم الدائن فى تفليسة المدين وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن.. فان هذه كلها التزامات قانونية رتبها المشرع لحماية الكفيل وتأكيد صفة التبعية لالتزام الكفيل فى القوانين الحديثة. وهذه الالتزامات لا تنشأ عن عقد الكفالة ولكنها تدخل فى نظامه القانونى. وعلى ذلك فهى ليست متقابلة مع ما يقع على الكفيل من التزام [٣] كما أنها ليست سببا لالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين نفسه [٤]. وبالتالى فهى لا تعطى صفة العقد الملزم لجانبين لعقد الكفالة. ولذلك كان الجزاء الطبيعى عند عدم مراعاة هذه الالتزامات هو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة مخالفة الدائن لأحد هذه الالتزامات. يرى بعض الفقهاء أن هذه أسباب لانقضاء التزام الكفيل وليست التزامات تثقل الدائن [٥]. بينما يرى

(1) MAZEAUD , op. cit., No. ii, p. 18

(٢) أنظر: المادة ٢٠٣٧ مدنى فرنسى.

(٣) أنظر فى نفس هذا المعنى.

Ph. Simler, op. no 53, p. 48, 49.

وأنظر أيضاً: المرجع المشار إليها فى هامش ١٥١، ص ٤٩.

(٤) أنظر منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠، فقرة ٧.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٣٦ و٣٧ – سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٢، – رمضان أبو السعود، المرجع السابق. ص ٤١، ٤٢، ٤٣.

البعض الآخر في ذلك شروط وضعها التقنين المدني وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملاً من الكفيل (١).

إذا كان الأصل في الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فهذا لا يعني أن الكفالة تصرف بالارادة المنفردة أي تصرف يصدر من جانب واحد، بل أن الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل ارادتين متطابقتين من الكفيل والدائن. كل ما هنالك أن ما يترتب على هذا العقد من التزام لا يكون إلا في جانب الكفيل، فيكون مدينا بضمان الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يف به ويكون الدائن الأصلي دائناً بهذا التزام (٢).

كما أن عقد الكفالة باعتباره، بحسب الأصل، عقد ملزم لجانب واحد فأنه لا يغير من طبيعته هذه تحديد الكفيل إلتزامه بالنسبة للالتزام الأصلي، كأن يحدد مقدار المبلغ الذي يضمنه أو أنه يحصل لنفسه على أجل خاص لاستحقاق لالتزامه أو غير ذلك من شروط، لأن الدائن لم يأخذ على عاتقه أي التزام إيجابي كل ما هنالك أنه قبل كفالة محددة un cautionnement limité (٣).

ب- إستثناءات:

إذا كان عقد الكفالة، من حيث المبدأ، عقد ملزم لجانب واحد فأن هذا لا يعني أنه لا يمكن على الاطلاق أن يتضمن التزامات متبادلة وبالتالي يكون عقداً ملزماً للجانبين. فمنذ الوقت الذي يكون فيه كل من الطرفين ملزم تجاه الآخر، كأن يلترم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فأننا نكون بصدد عقد ملزم للجانبين (٤).

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جـ١٠، ص ٢٤، هامش (١).

(٢) السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص ٢٥، وأنظر في هذا الخلط ولكن دون نتائج قانونية تذكر.
Ph. simler. op. cit. no, 53 p. 49 notam. note 153.

(٣) أنظر في نفس المعنى.
Ph. Simler. op. cit. no 53 p. 50

(4) A WEILL. op. cit. Les sûretés. No 14. p. 19
- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit.. T. III. Vol. 2. No. 452. p. 336

وفى القضاء الفرنسى توجد تطبيقات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال، عندما يتفق الكفيل والدائن على تخفيض سعر فائدة الدين المكفول أو مد الأجل (١) أو شطب الرهن أو أى تأمين عينى آخر، أو التزام الدائن بعدم التنفيذ إلا على أموال معينة لدى الكفيل (٢) أو غير ذلك (٣).

فى بعض هذه الفروض نجد أن عقد الكفالة الملزم للجانبين اقترن باشتراط لمصلحة المدين المكفول (٤).

٥- الكفالة عقد من عقود التبرع Contrat à titrè gratuit:

يحيط فى الغالب هذه الخاصية بعض الغموض. هذا الغموض يرجع فى الواقع إلى عدم التفرقة بين عقد الكفالة بالمعنى الدقيق وبين الكفالة باعتبارها

- MAZEAUD, op. cit., T. III, vol. 1, p. 118, Ph. Simler. op. cit., =/= no. 53, p. 48, no. 54, p. 50.

عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٣٦ - السنهورى، المرجع السابق الجزء العاشر. فقرة ١٣، ص ٢٤ - محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، ط ٣، ١٩٧٩ - توفيق فرج، دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨١، ص ١٠ و١١. محمد لبيب شنب، دروس فى التأمينات العينية والشخصية، ١٩٧٥، ص ٢٣٣ و٢٣٤ - سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٩١ فقرة ٨، ص ٢٦ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤١. وأنظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨، الوافى فقرة ٨، ص ١١.

- JOSSERAND, OP. CIT. NO. 1490.

(١) أنظر: - Cass. Civ. 22 nov. 1825, S. 26.1.146, S. chr. 185-1827, 1, 220, 14 juin 1847, S. 1. 663: D. 47, i. 244: Cass. req. 12 nov. 1879, D.P. 80. 1, 49: note C.A. rapport Barafort. cités par Ph. simler. op. cit, note 154 p. 50.

(2) Cass. civ. I. 15 vev. 1972, Bull. civ. I. no 50: rev. trim, dr. com. 1973. 447. observ. Loussouarm.

(٣) أنظر فى أمثلة أخرى. Ph. simler, op. cit, no 54, p. 50

(4) Cass. Com. 23 mai 1989, Bull. civ. IV, no 164: Rev trin - dr. civ. 1990. 72, observ. Mestre.

عملية قانونية ثلاثية الأطراف une opération juridique triangulaire. كما أن الفقه والقضاء لم يلتزما المعيار المعتمد فى القواعد العامة للتفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع [١].

طبقا للقواعد العامة فان عقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطى مع إنصراف النية إلى ذلك. ولذلك يمكننا أن نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعارضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين: **الشق الأول:** إنتفاء المقابل أو العوض المعادل، أى أن أحد المتعاقدين يعطى دون أن يأخذ عوضا أو مقابلا. والشق الثانى: هو نية التبرع أى تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها.

ويذهب الفقه إلى التمييز فى عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل. ففى الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. أما فى عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له ودون أن يخرج مال من ذمته.

وعلى ضوء ما تقدم يجب بحث الأمر على مرحلتين:

- **على مستوي عقد الكفالة** وهو الذى يترجم العلاقة بين الكفيل والدائن. فى هذه العلاقة التعاقدية نجد أن الكفيل يؤدى خدمة بدون مقابل فهو يلتزم بالضمان دون أن يتلقى أى مقابل من الدائن لقاء إلتزامه هذا. لكن لا يمكن أن نعتمد على ذلك فقط لاعتبار عقد الكفالة عقد تبرع حيث يبقى الشق الثانى وهو نية التبرع. وفى هذا الصدد نجد أن الكفيل ليس لديه – من حيث المبدأ – أى نية للتبرع وهذا وحده لا يكفى أيضا لإعتبار عقد الكفالة من عقود المعارضة. وهذا ما حدا بالبعض للقول بأن الكفالة تمثل تصرفاً محايداً

(١) أنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٩٥، ص ٦٧.

. un acte neutre [١]

- **على مستوى عقد العلاقة بين الكفيل والمدين:** هذه العلاقة تمثل أحد الاضلاع الرئيسية فى عملية الكفالة ولها إنعكاس واضح على عقد الكفالة. لذلك تعتبر الكفالة بطبيعتها من عقود التفضل un contrat de bienfaisance، أى من عقود التبرع حيث أن الكفيل لا يتلقى أى مقابل، كما أنه لديه نيه التبرع نحو المدين حيث يقصد أن يؤدى له خدمة.

ومما تجدر ملاحظته أن الكفالة لا تعد من الهبات لأنها تفتقد العنصر المادى، وهو خروج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. فالكفيل له حق الرجوع على المدين بما قام بالوفاء به للدائن.

بالرغم من أن الأصل فى عقد الكفالة أنه من عقود التبرع [٢] إلا أن صفة المجانية ليست من مستلزماته أو بمعنى آخر إذا كانت صفة التبرع من طبيعة عقد الكفالة إلا أنها ليست من جوهرها. فليس هناك ما يمنع ان الكفيل يشترط مقابلا عادلا فى نظير المخاطر التى يتعرض لها والصعاب التى يمكن أن يلاقيها عند رجوعه [٣]، وهذا ما يحدث غالباً عندما يكون أحد البنوك كفيلاً لأحد عملائه [٤].

---

(١) أنظر: Ph. Malaurie, L., Aynés, op. cit, no 144 p. 43.
وانظر فى نفس هذا المعنى: M. rémond - Gouilloud, L'influence de ra-port caution. débiteur sur le contrat de cautionnement. J. C. P. 77. éd G. I, 2850.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٣٧ و٣٨.
- سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٣.
- توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١.
- G. MARTY et p. RAY NAUD , op. cit., Y. III. Vol. I No. 543, p. 336.
وانظر عكس ذلك، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٢٤.
وقارن سليمان مرقس، الوافى ، المرجع السابق الاشارة إليه فقرة ١٠، ص ١٦.
أنظر فى فرنسا A WEILL. op. cit., Les Sûretés, No. 13, p. 19, MAZEAUD. op. cit., p. 19, No. 12.

(3) M. PLANIOL et G. RIPERT. Traité pratique, 20 édit., T. XI. 2e Partie 1954. No. 4512. par R. SAVATIER.

(4) AUBRY et RAU. Loc. cit., No. 218, p. 322.

ولكن ما ينبغى التنبيه إليه هو أن فى العلاقة بين الدائن والكفيل يكون عقد الكفالة دائما من عقود التبرع. بمعنى أن الدائن لا يعطى أى مقابل للكفيل لقاء كفالته [1]. أما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه كمبلغ من النقود. فأننا لا نكون بصدد عقد كفالة، بل تأمين ائتمان. وبذلك يصبح عقدا أصلياً لا تابعاً واحتماليا لا محَدداً على النقيض من الكفالة[3].

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع اشتراط أهلية التبرع فى الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحاً. كما أنه يجوز الطعن فى الكفالة بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين، كما أنه لا يجوز ابرام الكفالة بطريق الوكالة إلا إذا صدر توكيل خاص، يعين فيه محلها على وجه التخصيص، بأن يعين فيها على الأقل المدين المكفول والالتزام المكفول[3].

ويترتب على كون الكفالة من أعمال التبرع أنها تكون فى الأصل تصرفا مدنياً، وان كان الالتزام المكفول تجاريا والكفيل تاجرا[4]، وذلك لأن نيـه

(1) G. MARTY et P. RAYNAND op cit., T. II. vol. I. No. 548. p. 350.
وسمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٤.
- وقارن السنهورى، المرجع السابق، ص ٢٥، يرى عكس ذلك، إذ يقول: أنه ليس من الضرورى فى عقود المعارضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين بل يكفى اعطاؤه للغير وهو هنا المدين.

(2) AUBRY et RAU, op. cit., T. VI. No. 215, M. PLANIOL et G. Riopert T.. XI. No, 1513. par SAVATIER.
- V. AUSSI: M. PICARD et A. BESSON les assurances terrestres en droit français. t. I. 4e édit., 1975, No. 39, p. 64 et No. 349 p. 528.
- وسمير تناغو: المرجع السابق، ص ٢٤.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق. فقرة ١٧، ص ٣٦.
(٣) أنظر فى ذلك: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٧.
- AUBRY et RAU, Loc. cit., No. 216, p. 32.
(4) MAZEAUD, op. cit., No. 11-2, p. 18.
- M. DE JUGLART et IPPOTITS, Traité de droit, commerical T. I, No. 79 et 83.

التبرع غريبة عن التجارة[1] كما أن التجارة تقوم على فكرة المضاربة[2]. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٧٧٩ بقولها أن «كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنيا ولو كان الكفيل تاجراً».

ولما كان حكم هذا النص مبنى على الغالب المألوف من حيث أن الكفالة عقد من عقود التبرع، فأنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الكفالة عملا تجارياً إذا كان الكفيل تاجراً وأبرمها بقصد الربح أو لتحقيق مصلحة تجارية، كما إذا تقدم أحد المصارف لضمان أحد عملائه فى مقابل عمولة.

كما أن الكفالة رغم صفتها المدنية، فأنها تعتبر عملا تجارياً إذا نشأت عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً. وعن تظهير هذه الأوراق وذلك وفقاً لقواعد القانون التجارى (م ٢/٧٧٩ مدنى).

المبحث الثالث: تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والأنظمة التي تشابهها

يتضح مما تقدم أن الكفالة عقد بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ التزام المدين بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذ الالتزام إذا لم يفى به المدين نفسه. فالكفالة من الفاحية الاقتصادية اداة من أدوات الائتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضملن. ولذلك قد نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى قد تشتبه بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانونى أو من حيث وظيفتها الاقتصادية. ومن بين هذه الأنظمة سنعرض للالتزام التضامنى، والانابة الناقصة، والتعهد عن الغير، وتأمين اليسار أو تأمين الائتمان.

ومما تجد الاشارة إليه منذ البداية أن صفة التبعية هى الخصيصة المميزة لعقد الكفالة، عليها تبنى أحكامه ويرتب آثاره، وابتداء منها يمكن تمييزه عن غيره من العقود والأنظمة القانونية التى يمكن أن تشتبه به.

١- تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين، من حيث أن المدين

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٦.

المتضامن يلتزم بصفة أصلية فى مواجهة الدائن. وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر التزاما تابعاً لالتزام المدين. ويترتب على صفة التبعية هذه ان للكفيل حتى ولو كان متضامنا أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات. وكذلك يتمسك بسقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ انذار الكفيل له بذلك، وإذا لم يدخل الدائن فى تفليسة المدين سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة (أنظر أحكام المواد ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٦ مدنى).

٢- وتختلف الكفالة أيضاً عن الأنابة الناقصة من حيث أن المناب يلتزم التزاماً أصليا بجانب المنيب فى مواجهة الدائن - أى المناب لديه. ولا يعتبر المناب كفيلا للمنيب فى مواجهة المناب لديه. ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع فى مواجهة الدائن بضرورة الرجوع أولا على المنيب. ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المنيب أولاً وغير ذلك من أحكام على النحو الذى سوف نراه فى الباب الثانى.

٣- تختلف الكفالة عن التعهد عن الغير من حيث أن فى التعهد عن الغير موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التزام معين، ولذلك فإن التزامه إلتزام أصلى وليس التزام تابع. بينما الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين ويقوم بتنفيذه إن لم يف به المدين نفسه. فالمتعهد عن الغير لا يسأل عن الالتزام نفسه، وإنما يتعهد بقبول الغير لهذا الالتزام. ويبقى للغير الذى تعهد عنه حرية كاملة فى قبول التعهد أو رفضه. وبناء على ذلك ان لم يقبل الغير التحمل بالالتزام فان المتعهد يعتبر قد أخل بالتزام ترتب فى ذمته، ومن ثم يلتزم بتعويض المتعهد له عما ناله من ضرر. يضاف إلى ذلك أن التزام المتعهد لا يقوم فى نفس الوقت مع التزام الغير، إذ فى الوقت الذى يقبل فيه الغير الالتزام تبرأ ذمة المتعهد لأن تعهده قد تحقق.

٤- ولا يعتبر فى النهاية كفالة تأمين اليسار أو تأمين الائتمان. لأن المؤمن فى هذا التأمين يلتزم التزاماً أصليا ومستقلا عن التزام المدين الذى يؤمن للدائن يساره. هذا الالتزام الأصلى ينشأ عن عقد التأمين ويجد سبباً فى القسط الذى يلتزم المستأمن بدفعه. كما أن محل عقد التأمين هو تعويض الدائن عن الضرر الذى اصابه نتيجة اعسار المدين وليس تنفيذ التزام هذا الأخير(١).

المبحث الرابع: مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها في الكفيل

قد يكون هناك عقد أو حكم قضاء أو نص فى القانون يلزم المدين بتقديم كفيل، كما أن المشرع قد اشترط فى هذا الكفيل عدة شروط. فلنعرض لهاتين النقطتين على التوالى:

أولا: الكفالة الاتفاقية والقانونية والقضائية

الكفالة عقد بين الكفيل والدائن بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ التزام ويتعهد للدائن بالوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه. ويتضح من ذلك أن مصدر التزام الكفيل قبل الدائن هو دائما العقد.

وقد يتقدم الكفيل لضمان المدين من تلقاء نفسه، أى يبرم العقد بينه وبين الدائن دون أن يطلب منه المدين ذلك. وقد يكون هذا بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته (م ٧٧٥ مدنى) ولكن هذا نادر فى العمل إذ فى غالب الأمر يتقدم الكفيل لضمان المدين بناء طلب هذا الأخير. وعندما يطلب المدين من الكفيل أن يتقدم لضمانه، فأنه قد يفعل ذلك دون أن يكون ملزما بذلك، وقد يفعله تنفيذاً لالتزام مقرر عليه لمصلحة الدائن.

---

(1) M. PICARD et A. BESSON. op. cit., No. 39, p. 64. et No. 349, p. 528.
- A. WEILL, op. cit., No. 10, pp. 13 et 14.
أنظر أيضاً: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٤٠.

الالتزام الذى يقع على عاتق المدين بتقديم كفيل قد يكون مصدره إما الاتفاق وأما نص القانون وأما حكم من القضاء، ولذلك جرى الفقه على تقسيم الكفالة إلى: كفالة اتفاقية، وكفالة قانونية، وكفالة قضائية. وهذا التقسيم مبنى على مصدر التزام المدين بتقديم كفيل.

– وتكون الكفالة اتفاقية فى حالتين: الحالة الأولى عندما يكون المدين ملزما بتقديم كفيل بناء على اتفاق سابق مع الدائن. والحالة الثانية عندما يقدم المدين كفيلاً للدائن أو عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين. ففى كل هذه الحالات الكفالة تكون اتفاقية.

– أما فى الكفالة القانونية فيكون المدين ملزماً بتقديم الكفيل بحكم القانون فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك. ومن ذلك نص المادة ٢/٤٥٧ مدنى. والتى تخول للبائع أن يقدم كفيلا إذا أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشترى ورغم حق المشترى فى الحبس، والمادة ١/٩٩٢ مدنى تنص على أنه: «إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده ولزام المنتفع تقديم كفالة به». وكذلك نص المادة ٩٩٨ مدنى والذى يلزم صاحب حق الاستعمال فى المنقول أن يجرد هذا المنقول وأن يقدم كفالة به. هذا النص يفد تطبيق الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال والسكنى بما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين.

– وتكون الكفالة قضائية إذا كان المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائى، فيكون هذا الحكم هو مصدر الالتزام المدنى بتقديمها. وبناء على ذلك إذا كان حكم القضاء اقراراً لوجود هذا الالتزام فى الاتفاق أو فى القانون، فلا تكون الكفالة قضائية ولا يغير ذلك من طبيعتها الاتفاقية أو القانونية، لأن العبرة فى ذلك بمصدرها الأصيل. وعلى ذلك فان الكفالة تكون قضائية إذا كان أمر تقديم الكفيل متروك لتقدير محكمة. أما فى الحالات التى يكون فيها تقديم الكفيل وجوبيا، فأن الكفالة تكون قانونية لا قضائية.

ومن أمثلة الكفالة القضائية المادة ٨٢٩ مدنى، والتى تقضى بأن

المحكمة إذا ما وافقت على قرار الشركاء «الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع»، باجراء تغييرات أساسية تخرج عن حدود الادارة المعتادة، أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات. وكذلك المادة ٢/٩٠٠ والتى تخول للمحكمة أن تلزم أحد الورثة بتقديم كفالة إذا قضت بتسليمه بصفة مؤقتة، بعد إنقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، الأشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة. ومن أمثلة الكفالة القضائية أيضاً ماتضمنه قانون المرافعات فى المادة ٢٩٠ والتى تجيز للمحكمة عندما تأمر النفاذ المعجل ان تلزم المحكوم له بتقديم كفالة.

وترجع أهمية هذه التفرقة إلى الأحكام الخاصة التى أوردها المشرع بصدد الكفالة القانونية والقضائية. فقد نص القانون عن تضامن الكفلاء فى الكفالة القانونية والقضائية (٧٩٥ مدنى). وبذلك قد جعل المشرع مركز الكفيل القانونى أو الكفيل القضائى أقسى وأشد من مركز الكفيل الاتفاقى، حيث يقرر اعتبار كل منهما متضامنا بقوة القانون ودون حاجة إلى اشتراط خاص بذلك فى العقد. بينما فى الكفالة الاتفاقية لا يعتبر الكفيل متضامنا إلا إذا ارتضى ذلك صراحة.

وحكمة هذا التشديد ترجع إلى أن الدائن كان جديراً بالحماية فى الأحوال التى تدخل فيها كل من المشرع والقاضى ليلزم المدين بتقديم كفيل. ولزيادة فاعلية هذه الحماية قرر المشرع تضامن الكفلاء فى هذه الأحوال.

ورغم النص على تضامن الكفلاء، لم يفصح المشرع عن مدى هذا التضامن فهل هو تضامن بين المدين والكفيل فقط؟ أم أنه تضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم؟

ويبدو لنا أن نية المشرع انصرفت إلى العموم [1]، حيث أن المادة ٧٩٥ تنص على أن «فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون **الكفلاء دائما متضامنين**».

---

(١) أنظر عكس ذلك: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣.

فالمشرع إستعمل لفظ الكفلاء بصيغ الجمع، كما أن «ألف ولام» التعريف تفيد العموم والشمول. وقد أكد المشرع ذلك التفسير باضافة كلمة «دائما» والتى تدل على انصراف حكم النص إلى جميع الحالات، أى التضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم إذا ما تعددوا أو فيما بينهم وبين المدين. ويؤكد هذا الرأى ما جاء فى الأعمال التحضيرية بصدد المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدى، حيث أن الفقرة الأولى فى هذه المادة تقضى بضرورة النص على التضامن بين الكفيل والمدين، وفى فقرتها الثانية تستلزم النص على التضامن بين الكفلاء الملزمين بعقد واحد. ثم استثنت فى فقرتها الثالثة الكفالة القانونية والكفالة القضائية من أحكام الفقرتين السابقتين. وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الأولى والثانية باعتبارهما تطبيقاً للقواعد العامة. وبقيت الفقرة الثالثة حيث وردت فى صيغتها الحالية فى نص المادة ٧٩٥ من القانون المدنى[1] وقد كان مشروع التنقيح الذى نشر فى عام ١٩٤٠ قاطعاً فى ذلك. إذا تقضى المادة ١١٥٥/٢ منه بأن «أما فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين[2].

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الكفيل

ان الغرض من تقديم الكفالة هو تأمين الدائن ضد مخاطر أعسار مدينه وذلك بضم ذمة أخرى إلى ذمة هذا الأخير.. وحتى تؤدى الكفالة الغرض منها كأداة لضمان تنفيذ الالتزام الأصلى وتأمين الدائن فى استيفاء حقه، فأنه يجب أن تتوافر شروط معينة فى الكفيل. ويجب أن تتوافر هذه الشروط فى جميع الأحوال التى يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل، أيا كان مصدر هذا الالتزام، أى سواء كان هذا المصدر هو الاتفاق أو القانون أو القضاء. وقد وردت هذه الشروط فى نص المادة ٧٧٤ مدنى والتى تقضى بأنه «إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسرا ومقيما فى مصر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافياً».

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جزء ٥، ص ٥٢٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ١ هامش (١).
- توفيق فرح، المرجع السابق، ص ١٨.
- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٢ و٦٣.

وعلى ذلك فأنه كلما التزم المدين بأن يقدم لدائنه كفيلا وجب أن تتوافر فى الكفيل الذى يقدمه الشروط الآتية:

١ – يجب أن يكون الكفيل موسراً، أى قادراً على الوفاء بالالتزام الذى قام بضمانه إذا اقتضت الحالة ذلك. والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذى يقع عليه عبء اثبات يسار هذا الكفيل يقاس بما لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذى كفله. ويستوى أن تكون هذه الأموال منقول أو عقارات شائعة أو مفرزة متى كان ذلك كافياً للوفاء بدين الدائن[١]. ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو سهولة تهريبه أو سهولة اخفائه أو لأى سبب آخر، فيستبعد من مال الكفيل الذى يضمن المدين. وكذلك إذا كان المال مرهونا أو مثقلا بحق عينى آخر كحق انتفاع، وجب أن يستبعد من قيمته ما أثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك[٢].

وتوافر صفة اليسر أو الاقتدار فى الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضى الموضوع. فقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان الكفيل الذى يريد المدين تقديمه موسرا أم لا[٣].

---

(١) القانون الفرنسى يشترط فى مادته ٢٠١٩ أن يكون مال الكفيل الذى يثبت يساره عقاراً لا منقولا ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو دينا زهيد القيمة.

ويرجع ذلك إلى أن الفكرة التى كانت سائدة عند وضع تقنين نابليون هى أن المنقول تافه القيمة. لكن المشروع الفرنسى والايطالى والذى استمد منه نص المادة ٧٧٤ من تقنينا، يجعل العبرة أيضا فى أقتدار الكفيل فيما يملكه من أموال عقارية (مادة ٧١٦). ومع ذلك، الحكمة ليست واحدة. فهذا ليس راجعاً إلى أن المنقول تافة القيمة. وانما يرجع إلى سهولة اخفاء المنقولات وصعوبة الاستدلال عليها والتثبت من ملكيتها.

أنظر فى ذلك: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٣.

– السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٢.

- G. MARTY ETP. RAYNAUD, op. cit., T. II, Vol. I. No. 550, p. 340.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، ص ٣١، ٣٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٣.

٢- ويجب أن يكون الكفيل مقيماً فى مصر. والحكمة من هذا الشرط واضحة وهى أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والرجوع عليه إذا لم يف المدين بالتزامه. ويقصد بالإقامة فى مصر هو أن للكفيل موطن فى مصر. ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيماً فى موطن المدين كما تقضى بذلك نصوص التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠١٨ مدنى فرنسى). ولا يشترط أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يمكن أن يكون أجنبيا مادام مقيما فى مصر أى له موطن فيها. بل يكفى أن يكون للكفيل موطن مختار فى مصر يستطيع أن يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات(١).

ويجب أن يتوافر بطبيعة الحال لدى الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة رغم سكوت النص وذلك وفقا لما تقضى به القواعد العامة(٢).

وعلى ذلك إذا كان المدين ملزماً بأن يقدم لدائنه كفيلاً، أيا كان مصدر هذا الالتزام، فأنه يجب أن تتوافر فى هذا الكفيل الشروط الثلاثة السابقة حتى يعتبر أن المدين قد وفى بالتزامه فى مواجهة الدائن.

لكن لنا أن نتساءل هل هذه الشروط لازم توافرها فقط عند تقديم الكفيل أم يجب أن تستمر ما دامت الكفالة قائمة؟

بالنسبة لأهلية الكفيل، العبرة بتوافرها عند انعقاد العقد، ولا يؤثر تغيرها بعد ذلك على التزام الكفيل وذلك طبقا للقواعد العامة.

---

(١) سليمان مرقس، الكفالة، فقرة ١٥، ص ١٧.
- السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٢، هامش (٥).
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٣ و٥٤.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, Loc. cit., No. 550, p. 340.
- A. WEILL. op. cit., No. 22. p. 28

(٢) قارن مادة ٢٠١٨ مدنى فرنسى.
- وأنظر فى هذ المعنى: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٤.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٤٥.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, 10 e cit., No. 550. p. 330.
- A. WEILL, op. cit., 22. p. 28.

لكن إذا أصبح الكفيل معسرا أو غير موطنه إلى خارج مصر بعد انعقاد الكفالة، فأنه تطبيقا للقواعد العامة يسقط أجل الدين ما لم يقدر المدين للدائن ضماناً كافياً، وقد يكون الضمان الجديد كفيل آخر أو تأمين عينى[1]. بينما يرى جانب من الفقه أن المدين فى هذه الحالة ملزم بتقديم كفيل آخر وذلك كما هو مأخوذ به فى المادة ٢٠٢٠ مدنى فرنسى[2].

وقد سمحت المادة ٧٧٤ مدنى للمدين الملتزم بتقديم كفيل أن يقدم عوضا عنه تأمينا عينيا كافياً. وقد يكون هذا التأمين العين رهنا رسمياً أو رهناً حيازياً. وهذا الحكم يتوخى مصلحة كل من المدين والدائن. فهو يسمح للمدين الملتزم بتقديم كفيل إذا لم يجد شخصا يكفله أو إذا وجد شخصا ولكن لا تتوافر فيه الشروط السابقة أن يقدم عوضا عن هذا الكفيل تأمينا عينياً بشرط أن يكون كافياً لتأمين الدائن فى استيفاء حقه. كما أن هذا التأمين العينى يعطى ضماناً أكثر للدائن فى استيفاء حقه فلا يضار من عدم تنفيذ المدين لالتزامه بتقديم كفيل. وإذا نازع الدائن فى كفاية التأمين العين. فأن تقدير هذا الأمر متروك لقاضى الموضوع.

المبحث الخامس: الكفالة والتأمينات العينية

سنعرض فى هذا المبحث لتلاقى الكفالة والتأمينات العينية وأثر ذلك على أحكام الكفالة:

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٠.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٤٦.
- لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٣٩.
- سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣١.
- توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢١.
- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٧ - السنهورى، المرجع السابق.
- MAZEAUD, op. cit., No. 20, p. 27.
- AUBRY et RAU. op. cit., T. VI. 1975, No. 218.
- G. Marty et RAYNAUD, op. cit., No. 550, p. 340.
- A. WEILL, op. cit., No. p. 29.

أولاً: الكفالة العينية:

الكفالة العينية تعتبر من التأمينات العينية المقدمة من الغير. وصفة الكفالة تأتى من أن شخص يتقدم لضمان دين غيره. وصفة التأمين العينى تأتى من أن الضمان المقدم للدائن له طبيعة هذا التأمين يتمثل فى رهن على مال من أمواله(١) وتتميز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية بأن الكفيل يقصر فيها التزامه ويحدد نفاذه فى مال معين من أمواله، عقاراً كان أو منقول، يخصصه لوفاء الدين المكفول وذلك عن طريق إنشاء رهنا رسمياً أو حيازيا بحسب الأحوال. لمصلحة الدائن.

وعلى ذلك فالكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية فى أنها لا تنشئ التزاما شخصيا فى ذمة الكفيل ولا تخول الدائن حقاً شخصياً يكون له ضمان عام على جميع أموال الكفيل، بل تخوله حقا عينيا تبعيا على مال معين من أموال الكفيل يصبح مخصصا لوفاء الدين المكفول دون باقى أمواله.

وقد أقر التقنين المدنى الكفالة العينية فى المادة ١٠٥٠ مدنى حيث تنص على أنه «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال...».

- **نظامها القانوني:**

لم يفرد المشرع المصرى نصوصا خاصاً لتنظيم الكفالة العينية. ولكن من المستقر عليه فقها وقضاء أن مركز الكفيل العينى - فيما عدا الفروق السابق الاشارة اليها - كمركز الكفيل الشخصى من حيث اعتبار التزامه هذا التزاما تابعا واحتياطيا لالتزام المدين الأصلى وبالتالى تطبق على الكفالة العينية كل قواعد الكفالة بما لا يتعارض مع الطبيعة العينية للتأمين فالكفالة العينية لا تختلف عن الكفالة الشخصية فى نهاية المطاف إلا من حيث طرق

(١) انظر: Ph. Simler, op. cit., no. 18 p. 17

الوفاء[1] وعلى ضوء ما تقدم يمكن التفرقة فى هذا الصدد بين العلاقة بين الكفيل والدائن من ناحية والعلاقة بين الكفيل والمدين، أو الكفاء الآخرين من ناحية أخرى:

- **فى العلاقة بين الكفيل والدائن:** فى هذه العلاقة نجد أن الطبيعة العينية للضمان هى الغالبة. فنجد أنه ليس للدائن ضمان عام على جميع أموال الكفيل بل له حقاً عينيا تبعيا على مال معين من أموال الكفيل مما يعطيه حق الأفضلية وحق التتبع بخصوص هذا المال. وفى مقابل ذلك أن الكفيل العينى غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين المكفول فأنه يكون حكمه - إذا كان ما رهنه وفاء لذلك الدين عقاراً - حكم حائز العقار المرهون، فيجوز له تخلية ذلك العقار ليتفادى نزع الملكية المتخذة فى مواجهته ويكون ذلك وفقاً للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار (م ١٠٥١ مدنى)[2] كما أنه لا يكون للكفيل العينى حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك (م ١٠٥٠ مدنى)[3]. لكن يجوز للكفيل العينى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا حيث أن هذا الدفع مرتبط بالصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل وهذه الصفة متوافرة فى الكفالة العينية كما هى متوافرة فى الكفالة الشخصية. وطالما توافرت شروط هذا الدفع.

---

(١) انظر فى الفقه الفرنسى Baudry - Lacantinerie et whale, Des contrats aléatoires du memdat, du cautiomenent. 3e éd. 1907, Beudant et lerebours - Pigeonnière, cours de droit eivil français, t. XIII. les suretés. Personnelles. par voirin 1948.

ومن الفقهاء من يرجح جانب التأمين العينى وينكر عليها صفة الكفالة.
Aubry et Rau par Ponsard op. cit., no. 240 p. 360 note 41.

(٢) أنظر مؤلفنا فى التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢، فقرة ١٠٦، هى ١٤٢، ١٤٣.

(٣) وذلك يرجع إلى أن الدائن لن ينفذ إلا على المال المرهون فقط دون باقى أموال الكفيل وذلك بخلاف الكفيل الشخصى إذا الدائن سينفذ على جميع أمواله.

كما أن الكفيل العينى يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفع بالتقسيم إذا توافرت شروطه مع مراعاة أن الكفيل العينى غير مسئول إلا فى حدود المال الذى قرر عليه حقاً عينياً تبعياً للدائن. ويترتب على ذلك أن مسئولية الكفيل العينى تختلف حسب الفروض الآتية:

- **فرض ١:** إذا كان قيمة المال الذى خصصه الكفيل للوفاء بالدين المكفول معادلة لهذا الدين أو مجاوزة إياه أعتبر الكفيل العينى ملتزماً بكل الدين وانقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصى مناصفة.

- **فرض ٢:** أما إذا كانت قيمة المال الذى رهنه الكفيل أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة إلى مجموعه قيمة التزامهما ويمكن تحديد نصيب كل منهما على النحو التالى:

قيمة ضمان الكفيل العينى ١٥٠٠٠٠

وقيمة ضمان الكفيل الشخصى ٣٠٠٠٠٠ وهى قيمة الدين المكفول.

أى تكون النسبة ١ : ٢ = ٣ مجموع الأجزاء.

ويحدد نصيب الكفيل العينى على النحو التالى:

= (٣٠٠٠٠٠ (قيمة الدين المكفول) × ١) / ٣ = ١٠٠٠٠٠

ونصيب الكفيل الشخصى = (٣٠٠٠٠٠ (قيمة الدين المكفول) × ٢) / ٣ = ٢٠٠٠٠٠

– ويمكن تحديدها بطريقة أخرى

نصيب الكفيل العينى = (قيمة ضمانه ١٥٠٠٠٠ × ٣٠٠٠٠٠ مبلغ الدين المكفول) / ٤٥٠٠٠٠ قيمة الضمان كله = ١٠٠٠٠٠

نصيب الكفيل الشخصى = (قيمة ضمانه ٣٠٠٠٠٠ × ٣٠٠٠٠٠ مبلغ الدين المكفول) / ٤٥٠٠٠٠ قيمة الضمان كله = ٢٠٠٠٠٠

ومما تجدر ملاحظته أن الكفيل العينى لا يستطيع أن يتمسك بالصورة الخاصة للدفع بالتجريد المنصوص عليها فى المادة ٧٩١ مدنى. بينما يجوز للكفيل العينى التمسك بالدفوع المنصوص عليها فى المواد ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦ مدنى.

- فى العلاقة بين الكفيل العينى والمدين. وبينه وبين غيره من الكفلاء:

فى خصوص هذه العلاقة نجد أن قواعد الكفالة تنطبق تماماً وأن الطابع العينى للضمان يتوارى إلى الخلف. وعلى ذلك يستطيع الكفيل العينى أن يرجع على المدين بكافة وسائل الرجوع المقررة للكفيل الشخصى بعد قيامه بالوفاء. كما أن للكفيل العينى أن يرجع على الكفلاء الآخرين، سواء كانوا كفلاء شخصيين أو عينيين، ويتحمل كل منهم نصيبه فى الدين وفقاً لما سبق أن رأيناه.

ثانياً: صور أخرى للتزاوج بين الكفالة الشخصية والتأمينات العينية:

نصادف هذا التزاوج فى صورتين:

الصورة الأولى: عندما يرتضى الكفيل والدائن أن يقدم الأول، فى نفس الوقت ونفس الدين، كفالة وتأمين عينى. فى هذه صورة نكون أمام إجتماع نوعين مختلفين من التأمينات، بأن يكون الكفيل مسئولاً فى نفس الوقت مسئولية شخصية، فى جميع أمواله، ومسئولية عينية، فى حدود المال المخصص للضمان الوفاء، عن الدين المضمون. وفى هذه الحالة ينتج كل من النوعين من التأمينات، الشخصية والعينية، آثاره الخاصة به.

الصورة الثانية: تتمثل فى أن يقوم الكفيل الشخصى بتقديم تأمين عينى لضمان الوفاء بالتزامه التبعى ككفيل. وبذلك يكون هناك نوعان من التأمينات قد تراكبا superposées[1].

---

(١) انظر فى هذه الصورة وأمثلتها القضائية.

Ph. Simler, op. cit., no 20 p. 19. V° notament note 29, 30. p. 19

وللتفرقة بين هاتين الصورتين أهمية خاصة، حيث أنه فى الصورة الثانية نجد أن التأمينات العينية محكومة فى صحتها وفعاليتها وبصفة خاصة فى نطاقها بالكفالة الشخصية. بينما فى الصورة الأولى نجد أن كل من النوعين من التأمينات يتمتع باستقلالية فى مواجهة الآخر.

خطة البحث:

ستنقسم الدراسة فى هذا الباب إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: فى أركان عقد الكفالة وشروط صحته.

الفصل الثاني: فى اثبات الكفالة وتفسيرها.

الفصل الثالث: فى آثار الكفالة.

الفصل الرابع: فى انقضاء الكفالة.

الفصل الأول

أركان عقد الكفالة وشروط صحته

تمهيد:

ندرس فى هذا الفصل أركان العقد من حيث الرضا والمحل والسبب والشروط الواجب توافرها لصحته. ولكن قبل التعرض لهذه النقاط بالتفصيل، يجب أن نلقى الضوء على الكفالة كعملية قانونية ثلاثية ثم نوضح من هم أطراف عقد الكفالة.

(١) الكفالة عملية ثلاثية:

إذا كان عقد الكفالة بالمعنى الضيق لا يكون الا بين الدائن والكفيل، إلا أن تعريف الكفالة نفسه يدل على أن هناك شخصا ثالثا يهمه الأمر أيضا، وهو المدين الأصلى. فهو أحد عناصر عملية ثلاثية وهى الكفالة بالمعنى الواسع، بل أنه أحد العناصر الأساسية فى هذه العملية.

وعلى ذلك فان الكفالة تشمل ثلاثة أنواع من الروابط:

١- رابطة بين الدائن والمدين. وفى هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين أن يقدم كفيلا حتى يقبل العقد المقترح، وهذا ما يحدث عادة فى عقد القرض. ولكن لا يلزم الاشتراط المسبق دائماً عند ابرام هذا العقد، فقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن يخشى الدائن اعسار مدينه فيطلب منه تقديم كفيل. بل أن الدائن فى التزام ناشئ عن فعل ضار أو فعل نافع يستطيع أن يطلب من المدين بهذا الالتزام تقديم كفيل.

٢- فى المرحلة الثانية يتعلق الأمر بالعلاقة بين المدين والكفيل، كأن يتفقا على أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين فى حالة عدم وفاء المدين به، بل أنه لا يلزم أن يكون هناك اتفاق بين المدين والكفيل إذ يمكن أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بضمان المدين بل وبدون علم هذا الأخير أو حتى مع علمه ورغم معارضته. وهذا فرض نادر فى العمل،

٣- أما الرابطة بين الدائن والكفيل فهى التى تجسد عقد الكفالة والذى بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يفى بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. وعقد الكفالة هو النهاية الطبيعية للعملية القانونية الأوسع والمتمثلة فى الكفالة والتى تتضمن هذه العلاقات الثلاث.

(٢) طرفا عقد الكفالة: الدائن والكفيل دون المدين:

الذى ينبغى أن نوضحه، ومنذ البداية، هو أن عقد الكفالة لا يكون الا بين الدائن والكفيل. أما المدين فهو ليس طرفا فيه. ومع ذلك فهو عنصر أساسى فى عملية الكفالة. ولذلك فان التزامه الأصلى المكفول يؤثر تأثيراً قوياً على عقد الكفالة باعتباره عقداً تابعاً لهذا الالتزام، اذ يقوم على ضمان بالوفاء به. وسوف نصادف كثيراً أثر الالتزام الأصلى من حيث الوجود والصحة والبطلان والانقضاء والأوصاف على التزام الكفيل فى مراحل انعقاد عقد الكفالة وأثاره وانقضائه.

المبحث الأول

الرضـــا

ان عقد الكفالة مثله مثل غيره من العقود، قوامه الرضا الذى هو الأساس الطبيعى لكل عقد. ولذلك فان عقد الكفالة يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته. وهذا ما سنوالى شرحه بالاضافة إلى ما يتعلق بخصوصية عقد الكفالة.

المطلب الأول

التعبير عن الارادة

عقد الكفالة من العقود الرضائية التى لا يشترط فى انعقادها أى شكل خاص. ولذلك فان العقد يتم بالتراضى بين الكفيل والدائن ودون حاجة إلى أى اجراء آخر. وإذا كان عقد الكفالة يتم، كما سبق أن رأينا بين الكفيل والدائن فأنه لا حاجة اذن إلى رضا المدين، إذا أنه ليس طرفا فى هذا العقد

فلا يتوقف عليه قيامه. بل أنه يمكن أن يتم عقد الكفالة بدون علم المدين بل أيضاً ورغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد (مادة ٧٧٥ مدين مصرى، تقابل المادة ٢٠١٤ مدنى فرنسى). لكن لما كان عقد الكفالة من العقود الخطرة بالنسبة للكفيل، فهل يلزم أن يكون رضا هذا الكفيل صريحا؟ كما أنه قد يحدث فى العمل أن يتم عقد الكفالة عن طريق الوكيل، فما هى شروط هذه الوكالة؟ ينبغى علينا أذن أن نبحث هذه النقاط بالتفصيل لنجيب على هذه التساؤلات.

لا يشترط رضا المدين ولا علمه بل يجوز أن تتم الكفالة رغم معارضته:

المدين، كما سبق رأينا، ليس طرفا فى عقد الكفالة، ولذلك فأن قيام هذا العقد لا يتوقف على رضائه، بل يجوز أن ينعقد عقد الكفالة بدون علمه بل ورغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد وهذا ما تنص عليه المادة ٧٧٥ مدنى بقولها أنه «يجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته»[1].

هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، التى تجيز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته (م ٣٢٣ مدنى).

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للمادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى والتى أصبحت بعد تعديل طفيف المادة ٧٧٥ من القانون المدنى، الحكمة من ورود هذا النص رغم أنه تطبيقاً للقواعد العامة بقولها أنه إذا كان النص على أن الكفالة تجوز بغير علم المدين ورغم معارضه هو «حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة مادامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق ارادتيهما دون حاجة إلى رضا المدين أو علمه. وقد لا يكون هناك موجب لايراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج فى هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م٨٦٢ من مرشد الحيران) وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه».

---

(١) نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٧، ص ١٤٨٧.

وبالرغم من وجود هذا الحكم، فإن حدوثه في العمل نادر لأن الكفيل لا يتقدم عادة للضمان إلا بناء على طلب المدين. فالمدين له مصلحة واضحة في تقديم الكفيل وذلك حتى يتسنى له الحصول على ثقة دائنه وائتمانه. وأهمية هذا الحكم وأثره لا يظهران إلا عند رجوع الكفيل على المدين بما وفاه عنه للدائن.

(٢) هل يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا؟

عقد الكفالة كما رأينا عقد رضائي، أي يكفي تطابق ارادتي الدائن والكفيل، وهما كما أسلفنا طرفا العقد. ويرجع في ذلك إلى المبادئ العامة في التعبير عن الارادة حيث أن المشرع لم يفرد لابرام الكفالة قواعد خاصة(١).

وتنص المادة ٩٠ من القانون المدني بأن «التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود».

«ويجوز أن يكون التعبير عن إرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا». وبالتطبيق لهذه القواعد نجد أن كيفية تعبير الدائن عن ارادته لا تثير أية صعوبة، فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بارادته الصريحة أو الضمنية، بل أن السكوت يعتبر قبولا من جانبه إذ أن ايجاب الكفيل يتمخض لمنفعته (م ٢/٩٨ مدني).

أما عن تعبير الكفيل عن ارادته، فقد آثارت جدلا فقهيا في مصر. وذلك لأن نص المادة ١/٢٠١٥ مدني فرنسي، نصت خلافا للمبادئ العامة على أن «الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة» ويتطلب الفقه والقضاء في فرنسا أن يكون رضا الكفيل وحده صريحا وذلك لخطورة التزام الكفيل. أما الدائن فان رضاءه يجوز أن يكون ضمنيا وفقا للمبادئ العامة(٢).

---

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٣، ٦٥، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) انظر في تفصيل ذلك Ph. simler, op. cit. no. 50 p. 45 et s.

وقد إستند جانب من الفقه فى مصر إلى المعمول به فى فرنسا وإلى نص المادة ٧٧٣ مدنى مصرى والذى يشترط الكتابة لإثبات الكفالة، كدليل على خطورة عقد الكفالة، وذهب إلى اشتراط أن يكون رضا الكفيل صرحياً[١].

وفى الحقيقة أن الأخذ بهذا المبدأ لا يتفق مع القواعد العامة والتى تجيز أن يكون التعبير عن الارادة صريحاً أو ضمنيا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا. والكفالة لا تخرج عن هذه القواعد حيث أنه لا يوجد حكم خاص لها فى هذا الصدد. كما أن اشتراط الكتابة لإثبات الكفالة ليس دليلاً على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا. حيث أنه عند تخلف الكتابة يجوز اثبات الالتزام بما يقوم مقامها من اقرار معين ويمين. لكن نظراً لخطورة التزام الكفيل فأنه يجب أن يكون رضاؤه واضحاً[٢].

(٣) التوكيل بالكفالة:

إذا أراد الكفيل أن يعطى توكيلا لشخص بالكفالة وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحدداً. وذلك لأن عقد الكفالة كما رأينا عقد من عقود التبرع[٣]. أما بالنسبة للدائن فتكفى الوكالة العامة لأن الدائن يفيد فى العادة من الكفالة بلا مقابل[٤].

المطلب الثاني

شروط صحة الارادة

يجب حتى تقوم الكفالة صحيحة أن يصدر الرضا ممن يملكه، ويكون هذا الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الارادة.

---

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٦٢، ٦٤، ٦٥ - سليمان مرقس، الوافى، فقرة ٢٠، ص ٣٣، ٣٤ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٦، ص ٣٨.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، فقرة ٢٩، ص ٧٣ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٥٠، ٥١ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٥ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٣) قارن السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٣٢، ص ٨١.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٠ مكرر، ص ٦٨.

- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T. III. vol. I. No. 550. p. 340.

(١) الأهليـة:

سبق أن رأينا أن الكفيل يتقدم عادة متبرعاً لضمان الدين، أى أنه يلتزم بدون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه. ولذلك يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع[١]. ولما كانت الكفالة تعود على الكفيل بضرر محقق. وجب أن يكون رشيداً، أى بلغ الحادية والعشرين من عمره، وغير محجور عليه (٤٤ مدنى). وإلا وقعت كفالته باطلة بطلاناً مطلقاً[٢].

وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً، فاذا كفل كانت الكفالة باطلة. كما لا يجوز للولى أو للوصى أو القيم أن يعقد بإسم القاصر أو المحجوز عليه، ولو بأذن المحكمة، عقد كفالة أى باعتباره كفيلا، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة إلا لواجب انسانى أو عائلى[٣]. فلابد اذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه[٤].

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوى من المفوض له بذلك. ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التى هو شريك فيها، كما يجوز للشركة أن تكفلة[٥].

إن كان هناك توكيل بالكفالة، فأنه فضلا على أنه يشترط أن يكون توكيلا خاصاً ومحدداً، فأنه يشترط أن تتوافر فى الموكل لا الوكيل الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره الوكيل نيابة عنه. وذلك لأنه إذا كان العقد ينعقد

---

(١) قارن.

MAZEAUD, op. cit., T. III. vol. I, no., 19, p. 26.

(٢) انظر عكس ذلك:

- G. MARTY et P. RAYNAUD. Loc. cit.

(3) MAZEAUD, Loc. cit.

- AUBRY et Rau, op. cit., T. VI, No. 220, p. 323.

(٤) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٢، ص ٨٠.

(٥) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٢، ص ٨١.

بارادة النائب فأنه ينتج أثره في ذمة الأصيل. فيجب اذن أن تتوافر في الموكل أي الكفيل أهلية التبرع.

ولكن يشترط مع ذلك أن يكون الوكيل أهلا لأن تصدر منه ارادة مستقلة. لأنه يعبر عن ارادته هو، فيجب أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً. ولكن في هذه الحالة يجوز للوكيل أن يطلب ابطال عقد الوكالة[1].

أما بالنسبة للدائن، وهو الطرف الآخر في الكفالة، فأن الكفالة تعتبر بالنسبة له عملا نافعاً نفعاً محضاً، حيث أنه لا يلزم في العادة بمقابل، ولذلك فلا يشترط فيه الا أهلية قبول التبرع، وهي أهلية الصبي المميز (م ١١١/١ مدني) ومن في حكمه كذي الغفلة والسفيه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما (م١١٥/١).

(٢) عيوب الرضا في الكفالة:

حتى يكون عقد الكفالة صحيحاً، يجب، طبقا للقواعد العامة، ألا يكون الرضا في هذا العقد مشوبا بما يلحق الارادة من عيوب، أي الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال.

في العقد الملزم لجانب واحد – كعقد الكفالة – نجد أنه لا ينشئ إلتزاماً إلا في جانب أحد المتعاقدين – وهو الكفيل في هذا العقد. ولذلك نجد أن مسألة عيوب الارادة لا تهم إلا الطرف المدين في هذا العقد. أما بالنسبة للدائن فإنه وإن كان ليس بمنأى عن الوقوع في غلط في شخص الكفيل أو يساره مثلا إلا أنه ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد لهذا السبب. ففي مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر وإلا يعرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر، كأن يطلب سقوط الأجل مثلا.

أما بالنسبة للكفيل فإنه لما كانت هذه العيوب متعلقة بالإرادة، وهذه

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٧، ص ٢٠٩.

الإرادة تعد من الأمور النفسية، فيجدر بنا أن نتصور الوضع النفسى للكفيل عند إبرامه عقد الكفالة. فى الوضع المعتاد إذا كان الكفيل يقبل أن يعطى ثقته وائتمانه للمدين، فأنه لم يدر فى ذهنه أنه سيقوم فعلا بدفع دين المدين حيث أن يأمل أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه. ونتيجة لذلك فأنه قد يحدث أن يحاول الكفيل أن يتحللَ من التزاماته على أساس ان ارادته معيبة بعيب من عيوب الرضا.

وما يثور غالباً من مشاكل فى الواقع العملى يكون متعلقا بالغلط والتدليس. ولكى يطلب الكفيل ابطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه فى غلط فأنه يجب أن يكون هذا الغلط جوهرياً، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدنى).

وتطبيقاً للقواعد العامة يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط (م ١/١٢١). ويكون الغلط جوهريا إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية، أو إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد.

وعلى ذلك يمكن للكفيل أن يطلب ابطال العقد نتيجة لاعتقاده خطأ بيسار المدين، بشرط أن يثبت أنه لولا ذلك لما ارتضى أن يضمن المدين وأن الدائن كان يعتقد ذلك أو أنه كان يعلم بعدم يسار المدين أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك[1].

فى فرنسا، القضاء متشدد بالنسبة للدائن. فقد حكم بأن الكفالة الصادرة

---

(1) Civ. 25 Oct. 1977. Gaz. Pal. 1978. I. Somm. 3. D. 1978, I.R. 74.
- Vo aussi: A. WEILL ., op. cit., Les sûretés. p. 23. Ph. Simler. op. cit. no. 131, p. 118 ets.

من الكفيل بعد اعلان إفلاس المدين كان نتيجة غلط جوهرى من جانبه، وعلى ذلك على الدائن أن يثبت أن الكفيل كان يعلم بمركز المدين الأصلى قبل الكفالة[١].

وهذا يدل على مدى أهمية المدين فى عملية الكفالة. فبالرغم من أن المدين ليس طرفا فى العقد، فأن الغلط فى شخصه أو صفة من صفاته يمكن أن تكون سبباً فى ابطال عقد الكفالة من جانب الكفيل، لأن شخص المدين موضع اعتبار فى التعاقد[٢].

أما بالنسبة للتدليس فان الأمور تثور على النحو التالى: يجب بطبيعة الحال حماية الكفيل من الحيل التدليسية التى يمكن أن تدفعه إلى التعاقد، وغالباً ما تصدر هذه الحيل التدليسية من المدين، ولما كان المدين ليس طرفا فى عقد الكفالة، فأنه يجب على الكفيل لكى يحصل على حكم بابطال العقد للتدليس أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦ مدنى)[٣]، ونفس الحكم بالنسبة للاكراه (م ١٢٨ مدنى) وان كان تصور الاكراه بصدد الكفالة نادراً[٤].

أما بالنسبة لنص المادة ١٢٩ من القانون المدنى والخاصة بابطال العقد نتيجة للاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الرضا، فأنه من المتصور أن تستغل إمرأة شابة الهوى الجامح لدى محبوبها الطاعن فى السن ليضمنها

(1) Civ. 1er Mars, 1972, Bull. Civ. I, No. 70. p. 64: D. 1975, 733. note Malaurie et V aussi: R. Tendler, Article Precité. p. 13.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٧.
- سمير تناغر، ص ٣٧.

(٣) قارن حكم المادة ١١١٦ مدنى فرنسى والانتقادات الموجهة اليها. وأنظر:
- A. WEILL, op. cit., Les sûretés, p. 22, Ph. Simler. op. cit., no. 139 p. 124 ets.
- M. REMOND Guillaud, L'influence du rapport caution - débiteur sur le contrat de cautionnement. J. C. P., 1977, I. 2850.

(٤) انظر فى ذلك: - Ph. Simler, op. cit., no. 141, p. 128.

لدى الدائن لكى يمنحها قرضاً كبيراً. لكن يشترط فى هذه الحالة لكى يستطيع الكفيل أن يبطل عقد الكفالة أن يكون الدائن على علم بذلك حتى لا يفاجأ بإبطال عقد لا يعرف عن سببه شيئاً وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات.

المبحث الثاني

المحـــل

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلى، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وحيث يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلى المكفول موجوداً وصحيحاً. وعلى ذلك إذا كان الالتزام الأصلى غير موجود، أو وجد ثم أبطل، أو وجد صحيحاً ثم انقضى لا يكون لالتزام الكفيل محل، ومن ثم يقع باطلاً[١].

ويشترط أيضاً لصحة التزام الكفيل أن يكون محله معيناً أو قابلا للتعيين، وهذا التعيين أو القابلية للتعيين مرتبط أيضا بالتزام المدين. أما شرط المشروعية فهو مفروض دائماً لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع فى جميع الأحوال[٢].

وتنقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين: الأول يتعلق بالالتزام المكفول من حيث مصدره ووجوده وصحته وتعيينه. والثانى يتعلق بدراسة نطاق التزام الكفيل والذى يتوقف مداه على عقد الكفالة ذاته من ناحية وعلى الالتزام الأصلى من ناحية أخرى.

المطلب الأول

الالتزام المكفول

كما سبق أن رأينا أن التزام الكفيل يتبع التزام المكفول فى وجوده وصحته وانقضائه، فينبغى علينا أن ندرس أولا مصدر الالتزام المكفول ومحله، ثم ندرس بعد ذلك وجوده وصحته وتعيينه.

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣١، ص ٦٨.
(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨.

أولاً: مصدر الالتزام المكفول ومحله:

إذا كان يستلزم أن تستند الكفالة إلى التزام صحيح تضمنه، فأن أى التزام يمكن كفالته، أيا كان مصدره وأيا كان محله. فيمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العقد، وهو الذى يقع فى الغالب، وكذلك يمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العمل غير المشروع، فيعترف المدين فى العمل غير المشروع بمبدأ المسئولية وبمقدار التعويض، ويأتى كفيل يضمنه فى هذا المقدار إلى أن يفى به. ويجوز كفالة التزام احتمالى مصدره العمل غير المشروع، فيأتى المدين الاحتمالى بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالى بكفيل يضمنه[1]. ويمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره الاثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة، كما يمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره القانون[2].

وبالمثل لا يهم فى قيام الكفالة محل الالتزام، فيمكن كفالة الالتزام باعطاء، والالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل. ولكن الذى يقع غالباً هو كفالة الالتزام الذى يكون محله مبلغا من النقود. فيأتى المقترض مثلا بكفيل يضمنه لدى المقرض فى مبلغ القرض. ولكن هذا لا يمنع أن يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول، كأن يأتى البائع بكفيل يضمنه لدى المشترى فى التزامه فى نقل ملكية المبيع، كما يجوز للمقاول أن يأتى بكفيل يضمنه فى التزامه باقامة منشآت لدى صاحب العمل. ويجوز لتاجر ملتزم بعدم المنافسة لتأجر آخر بأن يأتى بكفيل يضمنه فى هذا الالتزام[3].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ١٨، ص ٣٨.

- A. WEILL, op. cit., Les Sûretés, No. 20, p. 25.
- AUBRY et Rau op. cit., T. VI, No. 221, p. 325.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٨.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٨.

- A. WEILL, Loc. Cit.,
- AUBRY et RAU. Loc. Cit.

كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلاً لكفالة أخرى، ويسمى كفيل الكفيل مصدق الكفيل. فيلتزم المصدق بوفاء الالتزام إذا لم يف به الكفيل. ويعتبر الكفيل فى علاقته بالمصدق كالمدين بالنسبة للكفيل. وتكون أحكام كفالة الكفيل هى ذات أحكام الكفالة. فلا يجوز للدائن أن يرجع على المصدق إلا بعد رجوعه على كل من المدين والكفيل. ويكون للمصدق الدفع بالتجريد فى مواجهة كل من المدين والكفيل. لكن ليس للمصدق أن يدفع بالتقسيم مع الكفيل لأنهما لا يكفلان دينا واحدا، فالمصدق يكفل التزام الكفيل، أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلى. وعند تعدد المصدقين ينقسم الدين عليهم لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل[1].

للمصدق أن يتمسك علاوة على ذلك بالدفوع التى يجوز للكفيل التمسك بها وكذلك الدفوع الخاصة به هو. كما له أن يتمسك بالتنفيذ على المال المحمل بتأمين عينى لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أمواله. وللمصدق أن يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله باسم هذا الكفيل كما يستعمل الدائن حقوق المدين فى الدعوى غير المباشر ة، أما إذا كان المصدق متضامنا مع الكفيل فأنه تسرى فى علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن.

ثانياً: وجود الالتزام المكفول وصحته:

يستلزم لقيام الكفالة أن يكون هناك التزام مكفول، وأن يكون هذا الالتزام صحيحاً، كما يلزم أن يكون هذا الالتزام معيناً أو قابلا للتعيين. وسنوالى بحث هذه النقاط.

(١) وجود الالتزام الأصلي:

حتى يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلى موجوداً. لكن هذا لا يمنع من أن يكون هذا الالتزام مستقبلاً أو شرطياً. ويجدر بنا أيضاً أن نبحث مدى امكانية الالتزام الطبيعى.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٨.

(أ) **كفالة الالتزام المستقبل:**

قد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبل فى نص المادة ٧٧٨ مدنى، والتى تقضى بأنه:

١ – «تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول،...»

٢ – على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ».

وصحة كفالة الالتزام المستقبل ليست إلاّ تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى نص المادة ١٣١/١ مدنى والتى تنص على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى لا تجوز كفالة الالتزام فى تركة مستقبله لأنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة.

وكفالة الدين المستقبل شائعة فى العمل، ومثال ذلك كفالة الاعتماد الذى يفتحه البنك لأحد عملائه[1]. كما يجوز كفالة المدير أو أحد الشركاء لالتزامات الشركة المستقبلة[2]. كما تجوز كفالة الرصيد المدين للحساب الجارى[3].

الكفالة فى جميع هذه الأحوال قائمة والكفيل ملزم بها، حتى قبل أن

---

(1) Cass Civ. 1er Sec, Civ. 13 Janv, 1965, Bull. T. I., No. 32.

وأنظر نقض ٩ مايو ١٩٧٢ مجموعة النقض السنة ٢٣ رقم ٢٥٧ ص ٢٦٨ والمتعلق بنشأت الالتزام المستقبل وتتنازع القوانين من حيث الزمان بين القانون المدنى القديم والقانون المدنى الجديد.

(2) LYON, 14 février 1956, S. 1957, 189.

- Civ. Sect. Com. 17 avril 1967, Bull. Civ. II. No. 146.

وأنظر أيضا نقض ١٩ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٢ رقم ٢٥٧، ص ٥٢.

(3) Civ 1er Sec. 13 Janv, Loc. cit..

- A. WEILL, op. cit., Les sûretés, No. 20. p. 26. note 2.

وأنظر أيضا نقض ٥ مارس ١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧، ص ٦٣٧ وهو متعلق بكفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى.

يوجد الدين. والكفيل لا يكون ملزماً بمقدار محدد من المال قبل أن يوجد الدين، لكن يكفل المقدار الذى يوجد فيما بعد(١).

فى فرنسا يسمح للكفيل أن يحدد التزامه بحد أقصى وبمدة معينة. لكن محكمة النقض الفرنسية اشترطت فى كفالة الالتزام المستقبل أن يعين الدين صراحة فى الاتفاق(٢).

ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن هذا ليس شرطاً اضافياً أو خاصاً بكفالة الالتزام المستقبل، وإنما هذا شرط عام بالنسبة لكل دين مكفول. ومع ذلك فان تحديد دين لم يوجد بعد أدعى وأهم منه فى دين قد وجد من قبل. كل هذه الأحكام مستقرة فقها وقضاء فى فرنسا ودون أن يكون هناك نص خاص متعلق بكفالة الالتزام المستقبل(٣).

وكما يتضح من نص المادة ٧٧٨ مدنى فقرة أولى، فأنه يجب أن يحدد مقدماً مقدار الدين المستقبل المكفول فى عقد الكفالة. فيحدد مثلا الحد الأقصى الذى يمكن أن يكفله الكفيل فى الاعتماد المفتوح. والعلة من وضع هذا القيد واضحة، حيث أنه يقصد من وراء ذلك حماية الكفيل، لأنه يقوم على كفالة دين مستقبل لم يوجد بعد، فلا أقل من تحديد المبلغ الذى يكفله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره(٤). وقد كانت القواعد العامة تقضى، إذا لم يوجد نص، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى ولو لم يحدد مقداره(٥).

---

(1) A. WEILL, Loc, it.

(2) Cass. Com. 19 Nov., 1962, D. 1963. Somm. p. 63: Bull. Civ. III, No. 462.

- Cass. Com. 8 Mars, 1971, D. 1972, 262 et note Clairouin Touchard: Bull Civ. 1971. IV. 63.

- V° aussi: Mazeaud, op. cit., T. II. vol. I. No. 13-2, p. 21.

(٣) أنظر فى الاتجاهات الحديثة للقضاء الفرنسى.

- Ph, simler, op. cit., no. 202, et S. p. 171 ets.

(٤) السنهورى، المرج السابق، ص ٥٣، أنظر أيضا المذكرة التنفيذية للمشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ١١٣٦ منه والمقابلة للمادة ٧٧٨، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥، ص ٤٥٧.

(٥) السنهورى، المرجع السابق، ص ٥٤

أما المادة ٧٧٨ فقرة ثانية والتى تجيز للكفيل، إذ لم يعين مدة للكفالة، أن يرجع فيها فى أى وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ، فهى تطبيق للقواعد العامة فى العقود غير المحددة المدة والتى تجيز لأى من اطرافها أن ينهى العقد بارادته المنفردة، وذلك منعاً لتأبيد العلاقات التعاقدية، وحفاظا على حرية الأفراد وتأمينا لاستقلالهم(١).

ويشترط لكى ينتج هذا الانهاء أثره، باعتباره تعبيراً عن الارادة، أن يتصل بعلم الدائن وأن يكون ذلك قبل نشوء الالتزام المكفول وذلك طبقاً للمبادئ العامة(٢).

وتطبيقاً لذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه وعلم الدائن بذلك، فلا يكون الكفيل ضامناً لما ينشأ من دين فى المستقبل. أما إذا علم الدائن برجوع الكفيل بعد أن نشأ بعض الدين، فلا يكون ضامناً إلا للجزء الذى نشأ دون غيره مما ينشأ فى المستقبل.

أما إذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته، فأنه لا يجوز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة. إذا انقضت المدة ولم ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية. ولكن إذا نشأ جزء من الدين فقط خلال هذه المدة فهو غير ملزم إلا بضمان هذا الجزء(٣).

(ب) كفالة الالتزام الشرطي:

قد تعرضت المادة ٧٧٨ أيضا لكفالة الالتزام الشرطى. فبعد أن نصت

---

(١) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦، ص ٦٥، وأنظر أيضاً:
- JACQUES AZEMA, La durée des contrats successifs. thèse Lyon 1969. L.G.D.J., No. 181, p. 143 et No. 183, p. 146.
- ROLAND TENDLER, Artiele Précité, p. 132.

(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦، ص ٦٦.
وقارن: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ٨٩.
وقارن أيضاً: نقض ٩ مايو ١٩٧٢ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٣ رقم ٣٢٣، ص ٨١٩.

(٣) سمير تناغر، المرجع السابق، ص ٤٧.

على جواز كفالة الدين المستقبل. أضافت أنه ...... يجوز الكفالة فى الدين الشرطى.

وهذا النص يعتبر أيضا تطبيقاً للقواعد العامة، حيث أنه طبقاً لهذه القواعد تجوز كفالة الدين الشرطى سواء كان الدين الأصلى المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف[1] . وحيث أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلى فتأخذ وصفه، فإذا كان الالتزام الأصلى معلقا على شرط فاسخ، فان التزام الكفيل يكون أيضا معلقاً على شرط فاسخ، ويسرى عليه ما يسرى على الالتزام الأصلى من أحكام. فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلى باتا، ويكون التزام الكفيل بالتبعية باتاً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فان الدين الأصلى ينفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن، ويتبع ذلك انفساخ التزام الكفيل واعتباره كأن لم يكن.

إذا كان الالتزام الأصلى معلقا على شرط واقف، فأن التزام الكفيل يكون أيضاً معلقاً على شرط واقف، ويأخذ حكم الالتزام الأصلى. فإذا تخلف الشرط الواقف، زال الدين الأصلى بأثر رجعى، واعتبر كأن لم يكن، ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل، ويعتبر كأن لم يكن. أما إذا تحقق الشرط الواقف، فان الالتزام الأصلى ينفذ بأثر رجعى، وكذلك ينفذ إلتزام الكفيل. ويصبح كل من التزام المدين الأصلى والتزام الكفيل نافذاً وباتاً وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة[2] .

(جـ) كفالة الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعى هو التزام ناقص، أى ينقصه عنصر المسئولية وبالتالى لا يمكن فيه اجبار المدين على التنفيذ. والكفالة تفترض بالضرورة أن هناك مدين أصلى ودائن له حق مقاضاة واجبار هذا المدين على التنفيذ عند الرجوع عليه. وعلى ذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى لعدم امكان اجبار

(١) السنهورى، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، ص ٥٢.

المدين بالتزام طبيعى على الوفاء، كما إن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون اشد من التزام المدين الأصلى[1]. لكن إذا قام المدين بالتزام طبيعى بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فان هذا ينطوى على تعهد ضمنى بالوفاء يتحول به الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى، فتصح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدنى[2].

وقد كان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الرومانى، وذلك لأن هذا يرجع إلى أن هذا القانون لم يكن قد وصل بعد إلى استخلاص الصفة التبعية للكفالة[3]. ولذلك كان يجوز كفالة الالتزام الطبيعى.

(٢) صحة الالتزام الأصلي:

كما سبق أن قلنا أن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلى تهيمن على كل أحكام الكفالة. ومن ذلك ان التزام الكفيل لابد وأن يرتكز على التزام أصلى صحيح ليضمن الوفاء به، وهذا ما قررته المادة ٧٧٦ مدنى بقولها «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا». وهو نفس الحكم الوارد فى المادة ٢٠١٢/٢ مدنى فرنسى. وبناء على ذلك فما هو حكم كفالة الالتزام الباطل، أو الالتزام القابل للابطال؟.

(أ) حكم كفالة الالتزام الباطل:

إذا كان التزام الكفيل يتبع التزام الأصلى فى صحته وبطلانه، فأن كفالة

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٥٦ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٤٨ - عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ٩٠ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٣ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٨٧.

- MAZEAUD. op. cit., T. III. vol. I. No. 14. p. 21.
- A. WEILL. op. cit., No. 201. p. 269: Ph. Simler. op. cit., No. 206 p. 174.
- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T III. No. 545. p. 337.

(٢) أنظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٠، ص ١٩.

(3) MAZEAUD. op. cit., T. III. I I., no. 14, p 21.

الالتزام الباطل تكون باطلة. وعلى ذلك تقع باطلة كفالة الهبة التى لا تأخذ الشكل القانونى، وكفالة الالتزام الباطل لانعدام الأهلية وكفالة الالتزامات المخالفة للنظام العام والآداب، كالديون الربوية والتصرفات المتعلقة بالتركات المستقبلة وغيرها(١).

وقد نصت المادة ٧٨٢ مدنى فى فقرتها الأولى على أن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين». ومن هذه الأوجه بطلان الالتزام المكفول، فكما يستطيع المدين أن يحتج بهذا البطلان، فأن الكفيل يمكنه ذلك أيضاً(٢).

ولا يكون الالتزام باطلا إلا إذا كان التزاماً عقدياً، أما الالتزام غير العقدى فأن القانون نفسه، لا الارادة، هو الذى يتكفل بانشائه واستمداده من مصدره فلا يكون باطلا. وعلى ذلك فالالتزام الباطل هو الالتزام الذى ينشأ عن عقد باطل. كما سبق أن رأينا فى الأمثلة السابقة فأن بطلان العقد يترتب على إختلال ركن من أركانه، كأن يكون محله غير معين أو مستحيل أو غير مشروع، أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون(٣).

(ب) حكم كفالة الالتزام القابل للابطال:

إذا كان الالتزام قابلا للابطال، فأنه مع ذلك يعتبر قائما ومنتجا لكل

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السبق، فقرة ٣٧، ص ٧٥.

(2) A. WEILL., op. cit., No. 20. p. 26.
- MAZEAUD. Loc, cit., No., 15, p. 22:
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, vol. I. No. 545, p. 335.
- AUBRY et RAU, op. cit. T. VI, No. 228, p. 335. Ph. simler, op. cit. no. 220. p. 184.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٠، ص ٤٢.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٤، ص ٥٩ و ٦٠.
- أنظر أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٥، ص ٤٦٨.

آثاره حتى يحكم بابطاله. وعلى ذلك فأنه يجوز كفالة الالتزام القابل للابطال. ولكن تتبع الكفالة حكم الالتزام الأصلى، بمعنى أنها تكون هى الأخرى قابلة للابطال. فتظل صحيحة ومنتجة لأثارها ما بقى الالتزام الأصلى. فإذا حكم بابطال الالتزام الأصلى فأن ذلك يستتبع بالضرورة ابطال عقد الكفالة. وللكفيل أن يحتج بكافة الأوجه التى يحتج بها المدين نفسه. وعلى هذا فأن الكفيل يستطيع أن يتمسك بابطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلى للابطال. أما إذا كان الالتزام القابل للابطال أصبح صحيحاً بالاجازة، فأن هذا الالتزام يصبح صحيحاً نهائياً بالنسبة للمدين الأصلى. ولكن للكفيل أن يتمسك بابطال الكفالة ما لم يجز هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للابطال، أو ما لم يسقط حقه فى التمسك بالابطال بالتقادم(١).

وحجتنا فى ذلك هى المادة ١/٧٨٢ مدنى والتى اعطت الكفيل شخصيا الحق فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وأكدت هذا المعنى الفقرة الثانية من هذه المادة بايرادها استثناء على هذه القاعدة بمنع الكفيل من الاحتجاج بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد. وعلى

---

(١) انظر فى نفس هذا المعنى:

- السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢١، ص ٤٤، سليمان مرقس، الوافى، فقرة ٣٦، ٣٧، ص ٦٢، ص ٦٥.
- محمود جمال الدين زكى، فقرة ٣٤، ص ٦١، وفقرة ٤٩، ص ٩٦. وفى فرنسا:

- AUBRY et RAU par Ponsard, op. cit., T. VI. No. 228. p. 336: Baudry - Lacantinerie et Whal, no. 954.

وانظر أستاذنا:

- G. COUTTURIER: La confirmation des actes nuls. thése Paris. 1972. L.G.D.J., No. 51

وأنظر عكس ذلك:

- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٧٦.
- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٩٢.

- MAZEAUD. op. cit., T. III. vol. I. No. 16. p. 23:
- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T. III. vol. I, No. 543. p. 338. Ph. Malaurie. L. Aynés, op. cit., no. 157, p. 48.

ذلك فإذا كان المشرع يريد أن يعمم حكم الفقرة الثانية ما كان قصرها على نقص الأهلية، بل كان أطلق حكمها بالنسبة لكل حالات القابلية للإبطال[1]. كما يضاف إلى ذلك أن طبيعة مركز الكفيل تستدعى دائما أن نحميه وأن نفسر دائما الشك لمصلحته، حيث أنه يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه، وقد يكون تقدم للكفالة متحرجا نتيجة لاعتبارات صداقة أو اعتبارات عائلية. كما أن رعاية مصلحة الكفيل واضحة كل الوضوح من جملة الاحكام الواردة فى التقنين المدنى. وعلى ذلك يجب تفسير هذه المادة بالنظر إلى هذه الأحكام ككل[2]. وهو الحكم نفسه فى حالة تنازل المدين عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه.

(جـ) الحكم الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية:

قد أورد المشرع حكماً خاص بكفالة ناقص الأهلية فى المادة ٧٧٧ مدنى والتى تقضى بأن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». وفى المادة ٧٨٢ مدنى بعد أن قرر المشرع كقاعدة عامة بأن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين»، جاء فى الفقرة الثانية بحكم خاص بناقص الأهلية، حيث قرر: «على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه».

يستخلص مما تقدم أنه يجب أن يكون الالتزام المكفول قابلا للابطال

---

(١) أنظر عكس ذلك:
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٠، ص ٢٤.
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٣، ص ٨٥، حيث أنهما يذهبان إلى تعميم حكم الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ إلى جميع حالات القابلية للابطال.

(٢) أنظر موقف القضاء الفرنسى من إبقاء الكفالة بالرغم من إبطال العقود الزمنية لضمان الالتزامات المستحقة على إثر هذا الابطال. وكذلك بقاء الكفالة فى حالة الحكم ببطلان عقد التوريد المتضمن عقد قرض لعدم تحديد الثمن لضمان رد مبلغ القرض بالرغم بطلان عقد القرض أيضاً. أنظر فى تفصيل ذلك: Ph. Simler, op. cit., no. 220, p. 188 et s.

لنقص أهلية المدين. ويكون المدين ناقص الأهلية إذا كان قاصرا مميزاً أو من فى حكمه كالمحجوز عليه بسبب غفله أو سفه - وبالتالى يجب أن نستبعد من نطاق هذا النص الحالة التى يكون فيها العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الأهلية، لعدم التمييز أو للجنون أو للعته.

ولنفهم حكم هذين النصين، يجب علينا أن نفرق بين فروض ثلاث:

الفرض الأول: إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وأن الكفيل لا يعلم بنقص أهليته، ففى هذه الحالة يكون التزام المدين قابلا للابطال بسبب نقص أهليته. ويتبع ذلك أن التزام الكفيل يكون أيضا قابلا للابطال وذلك لأنه التزام تابع للالتزام الأصلى. وبناء على ذلك إذا طلب المدين ابطال التزامه وحكم له بالبطلان، فان التزامه يعتبر كأن لم يكن وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر أيضاً كأن لم يكن. وهذه الحالة تخضع للقواعد العامة السابق الاشارة إليها بصدد كفالة الالتزام القابل للابطال بصفة عامة. ويكون للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للابطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه، لأنه صاحب مصلحة فى التمسك بالقابلية للابطال وذلك تطبيقا للمادة ١/٧٨٢ مدنى والتى تخول له أن يتمسك بجميع الأوجه التى حتج بها المدين. وفى هذه الحالة ينقضى التزام الكفيل وتبرأ ذمته، ولكن لا يؤدى ذلك إلى ابطال التزام المدين، إذ لا يحكم به إلا إذا تمسك به صاحب الحق فى ذلك (م ١٣٨ مدنى). كما أن انقضاء الالتزام التابع لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام المتبوع. وهذا يبدو واضحا عندما يكون هناك سبب من أسباب البطلان الخاصة بعقد الكفالة. فإذا ما حكم ببطلان عقد الكفالة لا يؤدى هذا إلى بطلان الالتزام المكفول.

الفرض الثاني: إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وكان الكفيل عالماً بنقص أهليته وقت التعاقد: فى هذا الفرض يكون التزام المدين قابلا للإبطال. ويكون التزام الكفيل قابلا للابطال بطريق التبعية. فإذا تمسك المدين بابطال التزامه وحكم له بالابطال فأنه يعتبر كأن لم يكن وبالتالى

يبطل التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن لكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه، أو أنه أجاز العقد الأصلى القابل للابطال، فأن العقد يظل قائماً منتجاً لآثاره وتظل الكفالة قائمة منتجة لآثارها. ولا يجوز للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين ليبطل التزامه وذلك طبقاً لنص المادة ٢/٧٨٢ مدنى.

الفرض الثالث: أن يكون المكفول ناقص الأهلية وكان الكفيل عالماً بذلك بل أنه تقدم ليكفل المدين بسبب نقص أهليته: وهذا هو الفرض الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى. وطبقا لهذا الفرض فأن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخير. وأن العقد الذى أبرمه الدائن مع المدين قابل للابطال وبالتالى يجوز للمدين أن يبطله. وتوقعا لهذا الاحتمال عقدت الكفالة، إذ هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلى[1].

وعلى ذلك فأن الكفيل ضامن للوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وذلك فى حالة عدم تمسك المدين بابطال التزامه. أما إذا تمسك المدين الأصلى بنقص أهليته وابطل العقد الأصلى، فأن الكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء بالدين لا باعتباره كفيلا، حيث أن الالتزام الأصلى الذى يكفله قد زال. وإنما باعتباره مدينا أصلياً.

ويرى بعض الفقهاء أنه فى هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلاً، بل يكون مدينا أصليا، وهو مدين بالالتزام الأصلى تحت شرط واقف، وهو ألا ينفذ المدين الأصلى هذا الالتزام. فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلى الالتزام، وجب على من تقدم بصفته كفيلاً، وقد أصبح مدينا أصليا بتحقق الشرط، أن ينفذ هو هذا الالتزام[2].

بينما يذهب آخرون فى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١، ص ٤٨.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١، ص ٤٩، والمرجع المشار إليه فى هامش (١) ص ٤٩.

العقد، المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى، بمعنى «ان كفالة الالتزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه. فتظل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد منشئ لالتزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل»[1].

بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى تفسير هذا الحكم بأن «من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير. يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الابطال، ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلى إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الابطال. وعلى ذلك فما بقى الالتزام الأصلى قائماً، سيبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيلا. أما إذا طلب المدين الابطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلى بأثر رجعى، زال التزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعى. ولكن يتحقق بذلك الاخلال بالتعهد عن الغير، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير، ويكون التزامه هذا التزاما أصلياً غير تابع لغيره»[2].

ويبدو أن هذا الرأى هو الأقرب إلى المنطق ويفسر سبب التزام الكفيل باعتباره مدينا أصلياً بعد زوال الالتزام الأصلى المكفول نتيجة تمسك المدين الأصلى بالابطال لنقص أهليته.

---

(١) سليمان مرقس، عقد الكفالة ١٩٥٩، فقرة ٣٥، ص ٤٠، الوافى، فقرة ٣٥، ص ٦١، ٦٢.

(٢) منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠ فقرة ١٦، ص ٣٤ - عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ٨٥ - محمد على أمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٤٣، ص ٨١ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٥، ص ٦٣ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٤٢، ٤٣ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٢ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ٤٠ و٤١.

(٢) تعيين الالتزام الأصلي أو قابليته للتعيين:

وهذا الشرط ليس شرطاً خاصا بالكفالة، وانما هو شرط عام بالنسبة لجميع العقود. وسوف ندرس هنا الالتزام غير المعين محله، وكفالة جزء من الالتزام الأصلى.

(أ) كفالة الالتزام غير المعين محله:

يجوز أن يكون الالتزام غير معين المقدار، متى كان قابلا للتعيين، كان يكفل شخص، بعد وقوع فعل ضار، التعويض الذى يحكم به على المسئول عنه وهذا ليس سوى تطبيق للقواعد العامة التى يكفى لقيام الالتزام، وفقا لها، أن يكون محله قابلا للتعيين[1].

(ب) كفالة جزء من الالتزام الأصلي:

إذا كان يحكم الكفالة مبدأ هام وهو إلا يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الأصلى. فلا يوجد ما يمنع أن يلتزم الكفيل بأقل من الالتزام الأصلى، أى بجزء من الدين الأصلى. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٧٨٠ بقولها: «تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وشروط أهون» من الالتزام المكفول. وعلى ذلك فما تنص عليه الكفالة يلتزم به الكفيل بشرط ألا يكون التزامه أشد من الالتزام الأصلى (م ٢/٧٨٠ مدنى) وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد.

المطلب الثاني

نطاق التزام الكفيل

ولتحديد نطاق التزام الكفيل يجب الرجوع أولا إلى عقد الكفالة، حيث أنه هو الذى يحدد العلاقة بين الدائن والكفيل. ولما كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى، فأن تحديد مدى هذا الالتزام يرتبط ارتباطاً وثيقا بالالتزام الأصلى المكفول الذى قام لضمانه.

---

(١) محمود جمال الدين ذكى، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٦٦.
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص ٦١.

أولاً: عقد الكفالة هو الذي يحدد مدي التزام الكفيل:

الكفالة لا تفترض، وإنما هى وليدة اتفاق بين الدائن والكفيل. فمن الطبيعى اذن أن نرجع إلى هذا العقد لمعرفة حدود التزام الكفيل. ويتحدد التزام الكفيل من حيث موضوعه، وأشخاصه، ومدته، وأوصافه.

(١) من حيث الموضوع: الكفالة المطلقة والكفالة المحددة:

إذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، فأنه لا يسأل إلا عن هذا الجزء، ولا يسأل عن الجزء الباقى. وعلى ذلك فإذا ضمن الكفيل الدين دون فوائد، فلا يسأل عن هذه الفوائد. وإذا كفل الفوائد البسيطة، فأنه لا يكفلها مركبة. وإذا كفل الكفيل المستأجر فى دفع الاجرة، اقتصرت كفالته على الالتزام بدفع الأجرة، ولا يمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الايجار، كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد لغاية مبلغ معين، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة، وإذا كفل عقد ايجار لم يكفل عقد ايجار يتلوه، ولو كان التجديد ضمنيا[1].

إذا تضمن عقد الكفالة تحديداً دقيقاً لما يرتضى الكفيل أن يكفله كما سبق أن رأينا فى الأمثلة السابقة، فالعقد يحدد مدى ما يرتضى الكفيل ضمانه، فتسمى الكفالة هنا محددة "Limité" وهى لا تتجاوز الحدود التى رسمت لها فى العقد. فإذا اقتصرت الكفالة على أصل الدين. فأن الكفيل لا يسأل عن غير ذلك، فلا يشمل التزامه توابع هذا الدين كفوائده ومصاريفه.

لكن قد لا يعين الكفيل محل التزامه. وتأتى الكفالة مطلقة بأن يضمن

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦، ص ٨٦.
– عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٣، ص ٩٤.
وقارن: نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٧٢، مجموعة محكمة النقض، السنة ٢٣ رقم ٢٠٨، ص ٢٦٨، كفالة عقد فتح الاعتماد، لا تضمن الا الالتزامات العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ولا تمتد إلى الالتزامات التى تنشأ فى ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعد أو مخالفة لشروطه.

الكفيل الالتزام. ففى هذه الحالة قد وضع المشرع تحديداً قانونيا لما تشتمل عليه الكفالة فى المادة ٧٨١ مدنى. هذه المادة تقضى بأنه «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فأن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل».

وعلى ذلك إذا كانت الكفالة غير محددة، فأن الكفيل يسأل عن أصل الدين المكفول ومحلقاته وتوابعه، كالفوائد القانونية أو الاتفاقية، وكذلك التعويضات الناشئة عن التأخير فى الوفاء أو عن اخلال المدين بالتزامه بصفة عامة.

كما يسأل الكفيل عن مصروفات المطالبة بالدين، سواء وجهت المطالبة اليه أو إلى المدين أو اليهما معاً. ولما كان القانون يوجب على الدائن يوجه اجراءات المطالبة الأولى إلى المدين قبل أن يطالب الكفيل. والمصروفات التى ينفقها الدائن فى سبيل مطالبة المدين، كمصروفات التنبيه بالدفع ومصروفات رفع الدعوى عليه، يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها دائماً. أما ما يجد بعد ذلك من مصروفات فأن الكفيل لا يتحمل بها إلا إذا كانت لاحقة لاخطار الدائن له بمطالبته للمدين[1].

إخطار الدائن للكفيل باتخاذ هذه الاجراءات أمر ضرورى، حيث أن الكفيل قد يقوم بالوفاء بالدين وبالتالى يتجنب المصروفات اللاحقة. أما إذا لم يخطر الدائن الكفيل بهذه الاجراءات، فأنه يكون مقصراً ويتحمل لذلك نتيجة تقصيره، ويكون الكفيل غير ملزم بالمصروفات التى ينفقها الدائن بعد المطالبة الأولى. أما فى حالة اخطار الدائن للكفيل بهذه الاجراءات وعدم قيام هذا الأخير بالوفاء، فعليه أن يتحمل فى هذه الحالة نتيجة تقصيره هو، ويسأل لذلك عن المصروفات التى ينفقها الدائن بعد هذا الاخطار.

وحكم المادة ٧٨١ مدنى قاعدة مكملة أو مفسرة لارادة المتعاقدين.

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ٩٧.

وعلى ذلك فأن تطبيقها يتوقف على عدم اتفاق خاص يحدد ما قد يلتزم به الكفيل فى كفالته لدين مدينه.

(٢) من حيث الأشخاص: الكفالة لا تتعدي الشخص المكفول:

كما سبق أن رأينا أنه يجب أن يعين الدين المكفول تعيينا نافيا للجهالة، ويكون ذلك بصفة خاصة بتعيين أطراف الدين. وتعيين أطراف الدين يكون بتحديد شخص الدائن والمدين. وبالنسبة للدائن ليس هناك أدنى مشكلة، حيث أنه هو الطرف الأخر فى عقد الكفالة. أما بالنسبة للمدين فأنه ليس طرفاً فى عقد الكفالة، ولكنه مع ذلك يعتبر عنصراً هاماً فى الكفالة ككل. ويترتب على الغلط فى شخص المدين أو فى صفة من صفاته قابلية عقد الكفالة ذاته للابطال[١]. كما أنه إذا استبدل بالمدين الذى كفله مدينا آخر، برئت ذمته، ما لم يرتض كفالة المدين الجديد (م ٣٥٨ مدنى). وكذلك إذا تمت حوالة الدين المكفول إلى شخص غير المدين الأصلى، سواء عقدت هذه الحوالة بين الدائن وبين هذا الغير، أم بين هذا الأخير وبين المدين الأصلى وأقر الدائن هذه الحوالة، برأت ذمة الكفيل ما لم يقبل الحوالة (م ٢/٣١٨ مدنى).

(٣) من حيث المدة: الكفالة لا تتجاوز الوقت المحدد لها:

إذا ارتضى شخص أن يتحمل بالكفالة إلى وقت محدد، فلا يتجاوز التزامه حدود هذه الفترة[٢]. وقد يحدد الكفيل وقتا معينا لنشوء الكفالة، كما فى حالة الالتزامات المستقبلة التى يعين الكفيل فيها مدة معينة تبرأ ذمته بعد انقضائها إذا لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها. وقد يعين الكفيل وقتاً لانقضاء

---

(١) أنظر بصفة خاصة:

- M. REMOND - GUILLAUD, L'influemce du rapport cuation - débiteur sur le contrat de cautionnement, J. C. P., 1977, I - 2850.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٦، ص ١٠٠.

– محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٩، ص ٧٠.

وأنظر أيضا نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧، ص ١٣٤٥.

الكفالة، كما إذا حدد فترة معينة من الوقت تبرأ ذمة الكفيل بعدها إذا لم يطالبه الدائن أو يطالب المدين خلالها.

(٤) من حيث الأوصاف: يمكن أن يلحق التزام الكفيل جميع الأوصاف التي يخلعها عليه هذا العقد:

فقد يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف أو فاسخ، أو مقرونا بأجل واقف أو فاسخ دون أن يكون الالتزام الأصلى متصفا بذلك. وتسرى فى هذه الحالة القواعد العامة فى خصوص الشرط والأجل.

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها، كتقديم رهن مثلا، ويكون التزام الكفيل فى هذه الحالة معلقاً على شرط واقف إذا كات الكفالة لا تنفذ إلا اذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات. وقد يكون شرطاً فاسخا إذا كانت الكفالة نافذة فى الحال بشرط أن يقدم الضمان المتفق عليه، فإذا لم يقدم له هذا الضمان، فان الشرط الفاسخ يتحقق وتزول بالتالى الكفالة بأثر رجعى[١].

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف أو فاسخ، كأن يقرر أنه لا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين. أو إذا كان قد قرر أنه لا يكفل المدين إلا بالنسبة للالتزامات التى يعقدها فى وقت معين. ففى الحالة الأولى، الكفالة لا توجد إلا ابتداء من الوقت الذى حدده الكفيل. وفى الحالة الثانية إذا انقضى الوقت ولم يعقد المدين الالتزامات المتفق عليها، فأنه لا يضمن الديون التى يبرمها بعد انقضاء هذا الوقت[٢].

ثانياً: الالتزام الأصلي هو الذي يحدد مدي التزام الكفيل:

الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا ارتكزت على التزام أصلى صحيح. فعلى ذلك فأن وجود التزام أصلى يعد ضرورياً لقيام الكفالة. لأن الكفالة تقوم على

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٤، ص ٨٣.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٤، ص ٨٤.

ضمان هذا الالتزام. وعلى ذلك فأن التزام الكفيل لا يصح أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلى. وإنما يمكن أن يكون التزام الكفيل أقل وأهون من الالتزام الأصلى المكفول. كما أن أى تغيير يحدث فى الالتزام، فأن الكفيل يستفيد منه إذا كان فى مصلحته ولا يضار منه إذا لم يكن كذلك.

(١) لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون منه:

وقد نصت المادة ٧٨٠ مدنى على أنه:

١ - لا يجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

٢ - ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون.

وعلى ذلك فأن الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل. فلا يجوز أن يكون مقدار التزام الكفيل أكبر من مقدار التزام المدين. ولا يجوز يلتزم الكفيل بدفع الفائد إذا كان الدين الأصلى غير منتج لها. كما لا يجوز أن يلتزم بدفع فائدة بسعر أعلى من السعر الملتزم به المدين الأصلى. وإذا كانت الفائدة على أصل الدين بسيطة فلا يجوز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة. لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد فى أوصافه من الالتزام المكفول، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً بينما التزام المدين مضافاً إلى أجل، أو أن يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا على شرط. لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول. كما أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل مدنياً بينما يكون التزام المدين التزاما طبيعياً.

كما أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول فى طريقة الوفاء، فإذا سمح للمدين بأن يفى بالدين مجزء فلا يمكن للدائن اجبار الكفيل عن الوفاء بالدين جملة واحدة. لا يجوز أن يلتزم الكفيل بالدفع فى مكان أبعد من المكان الذى التزم المدين بالدفع فيه. ولا يجوز أن يقترن التزام الكفيل بشرط جزائى إذا كان التزام المدين غير مقترن بذلك الشرط.

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل، بل انقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول[1]. وهذا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة (م ١٤٣ مدنى).

إذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الإلتزام المكفول، فأنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون أهون فى مقداره وشروطه، فيجوز أن تقتصر الكفالة على جزء من الدين، أو على أصل الدين دون فوائد، ويجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلى لأجل أطول من أجل الدين الأصلى. ويجوز أن يكون التزام الكفيل مضافا إلى أجل حين يكون الدين المكفول منجزاً. ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شروط خاصة. كوجود تأمينات عينية تضمن الدين المكفول يقدمها المدين أو غيره. أو تخصيص المبلغ المكفول لأمر معين[2]. أو منح الدائن للمدين أجلا للوفاء. فإذا لم يتحقق الشرط فى هذه الأحوال زالت الكفالة.

(٢) الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي دون أن يضار منه:

سبق أن رأينا أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلى، فهو يتحدد بحدوده ويتقيد بشروطه وقت انعقاد الكفالة. لكن يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير فى شروط التزام المدين، ولكن لا يضار من هذا التغيير، بحيث لا يجوز للدائن ولا للمدين ولا لهما معاً أن يزيدا من العبء الواقع على الكفيل[3]. وعلى ذلك فإذا منح المدين أجلاً للوفاء فأن الكفيل يستفيد من هذا الأجل، وله مع ذلك أن يتمسك بالأجل القديم إذا كانت له مصلحة فى ذلك، كأن يتمكن من الرجوع على المدين فى الوقت المناسب وقبل أن يلحق به الاعسار[4]. وإذا اتفق المدين مع الدائن على

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥، ص ٦١.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٥، ص ٦٢ و ٦٣.
– محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤١، ص ٧٥.
– سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٥٥.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٠٤.
(٤) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٥٤.

النزول عن أجل الدين، فأن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الكفيل، فلا يرغم على وفاء الدين الا عند حلول هذا الأجل، وإذا اتفق المدين والدائن على زيادة سعر الفائدة فى مقابل مد الأجل، لم يسر هذا الاتفاق فى حق الكفيل ويبقى هذا ملتزما بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة.

وإذا كان التزام المدين الأصلى معلقا على شرط وإتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام باتا، بقى التزام الكفيل كما كان معلقا على الشرط ولا يسرى فى حقه نزول المدين عنه، وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله، بقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل[1].

أما إذا تحسن مركز المدين فأن للكفيل أن يفيد من هذا التحسن. فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل، استفاد الكفيل من هذا المد وله الحق أن يتمسك بهذا الأجل الجديد. وإذا تنازل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة، فأن الكفيل يمكن أن يستفيد من هذا التغيير فى شروط الدين طالما أنه فى مصلحته، وله أن يتمسك به فى مواجهة الدائن[2].

المبحث الثالث

السبب

ترجع صعوبة تطبيق نظرية السبب على الكفالة إلى طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية. فهناك العلاقة بين الدائن والمدين، ثم العلاقة بين الكفيل والدائن، والعلاقة بين الكفيل والمدين، رغم أهميتها، فهى علاقة خارجة عن نطاق عقد الكفالة، لأن المدين ليس طرفا فى هذا العقد. وفى نطاق هذه العلاقة، قد يكون سبب كفالته هو إسداء خدمة للمدين بتوفير

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥، ص ٨٤، ٨٥.
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٠٤.
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٥٤.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥، ص ٥٨.

الائتمان له . أو قد يكون المقابل الذى يتقاضاه من المدين، أو قد يكون بقصد قضاء دين عليه لهذا الأخير. فهل يستطيع الكفيل أن يحتج فى مواجهة الدائن بما قد يعترى علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو من عدم مشروعية الباعث؟؟ وبناء على ذلك يطالب ببطلان الكفالة؟

ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز ذلك، لأن الكفالة تصرف مجردة Acte abstrait ولذلك فأن التزام الكفيل يبقى صحيحاً ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع[1].

على أن غالبية الفقهاء فى كل من مصر وفرنسا يذهبون إلى عكس ذلك ويرون أن التقنين المدنى يستلزم أن يكون للالتزام الارادى سبب مقصود وأن يكون الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد مشروع (المادة ١٣٩ مدنى مصرى، والمادة ١٣١ مدنى فرنسى) ويستبعد بالتالى فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة. ولم يوجد فى نصوص هذا القانون ما يدل على أن المشرع قد استثنى الكفالة من هذه القاعدة[2].

---

(١) فى فرنسا أنظر بصفة خاصة:

- BEDANT. Cours de droit civil français 2e édit. publiée par: R. Beudant et Lerebours Pigeonnière T XIII, par Voirin No. 75. Capitant. de la cause des abligations Paris 1923 nos 83 et S. 174 et: Rieg. Le Rôle de la volonté dans l'acte Juridique L. G. D. J. 1961 no. 287: J. Ghes in. Les obligations. Le contrat No 710, p. 598, Vivent, le fondement. Juridique des obigations abstraits D. S. 1978 Chron 39.

فى مصر أنظر: السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، فقرة ٣٠٧، ٣١٢.
أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الطبعة الثانية جزء ١٠، فقرة ٢٢٣.
- محمود أبو عافية . التصرف المجرد، رسالة القاهرة ٤٦ ١٩، النهضة العربية، ص ٢١٤ - ٢١٨.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٥٨، فقرة ٢٣٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٧٠.
- محمد على أمام، المرجع السابق، فقرة ٥.
- سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٣٨ و٣٩، ص ٦٦ وما بعدها.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣، ص ٥٥.

=/=

- اثر العلاقة الثلاثية للكفالة علي فكرة السبب:

فى الواقع أن سبب الكفالة أثار ومازال يثير العديد من المناقشات حول تحديده. وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد. وفى هذا النوع من العقود يكون سبب التزام المدين هو وجود التزام سابق - مدنى أو طبيعى - فيما بين الدائن والمدين إذا كان معاوضة ونية التبرع إذا كان العقد من عقود التبرع. وفى عقد الكفالة نجد أن الكفيل يتقدم للدائن لضمان الوفاء بالتزام المدين دون أن يكون ملتزما بذلك فى مواجهة الدائن لا بمقتضى إلتزام مدنى أو التزام طبيعى. ولذلك يبقى السؤال قائماً لماذا التزم الكفيل فى مواجهة الدائن؟ بطبيعة الحال لا نجد الاجابة على هذا السؤال فى العلاقة بين الدائن والكفيل ولكن نجد الإجابة على هذا السؤال فى العلاقة بين الدائن والمدين. نجد أن الكفيل التزم فى مواجهة الدائن ليسمح للمدين بالحصول على الائتمان من الدائن أو على أى ميزة أخرى. وهذا يرجع إلى صفة التبعية للكفالة وكذلك إرتباطه بوظيفتها كوسيلة للضمان. هذا هو سبب التزام الكفيل والذى يشترط فيه أن يكون موجوداً لحماية الكفيل حتى لا يلتزم فى مواجهة الدائن دون سبب. وهذا السبب يستجيب للشروط الموضوعية للنظرية التقليدية للسبب فهو سبب موضوعى ومجرد ومباشر وغير متغير. وعدم وجود السبب بهذا المعنى يؤدى إلى بطلان التزام الكفيل.

- أما بالنسبة للباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد - فهو شخصى وغير مباشر ومتغير يختلف من كفيل إلى كفيل - ويشترط فى هذا الباعث أن يكون مشروعاً. وهذا يتمثل فى الاجابة على السؤال التالى لماذا تقدم الكفيل

== وفى فرنسا قد أدينت النظرية التى تقول بأن الكفالة تصرف مجرد فى حكم شهير فى ١٩٧٢ أنظر:

- 8 Nov. 1972, D. 1973, note. Ph. Malaurie. L. Aynés, op. cit. no. 137 p. 40 et S.
- A WEILL, op. cit., No. 18, p. 24:
- J. FLOUR, op. cit., note 4 - p. 189.
- R. TENDLER, Article précité. p. 130: Ph. simler, op. cit.. 170 p. 147 et S.

لضمان هذا المدين بالذات فى مواجهة الدائن؟؟ الاجابة على هذا السؤال ستختلف من كفيل إلى آخر. فمن الكفلاء من يضمن المدين لدى الدائن بسبب رابطة القرابة أو الصداقة التى تربطه بالمدين أو بسبب العلاقة المهنية. ومنهم بسبب ما عليه من التزام للمدين، أو بسبب ما حصل عليه من مقابل من هذا المدين وغير ذلك الكثير من البواعث.

ويشترط فى هذا الباعث أن يكون رئيسى ودافع للتعاقد وأن يكون مشروعاً. كما يجب أن يكون المتعاقد الآخر - الدائن - على علم به وذلك لاستقرار المعاملات، حتى لا يفاجأ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيئا.. وإذا كان الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطلا بشرط أن يكون الدائن على علم به. مثال ذلك أن يكفل شخص خليلته لا لشئ إلا ليحظى باستمرار معاشرتها له[1] فالباعث الرئيسى الدافع إليه غير مشروع لمخالفته لحسن الآداب[2] حتى ولو كان سبب الالتزام موجوداً بأن حصلت الخليلة من الدائن بالفعل على الائتمان الذى تبغيه ولكن بشرط أن يكون الدائن على علم بهذا الباعث غير المشروع حتى تكفل له الحماية اللازمة.

- **إثبات السبب:**

إذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعية الباعث، فإن عبء الاثبات يقع على عاتق المدين - الكفيل - إذ عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام أو الآداب (م ١٣٧ مدنى مصرى - ١١٣٢مدنى فرنسى) وعلم الدائن بالباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد أو امكانية علمه بذلك. وللكفيل أن يلجأ فى ذلك إلى كافة طرق الاثبات[3].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٦٩.

(٢) أنظر أيضاً:

- Nancy, 12 nov. 1904, D. P., 1905, 2, 160: et comp: Paris, 10 Janv 1905. d. P. 1905, 2. 158.

- A. WEILL, op. cit., note 5 p. 24.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى مصادر ا لالتزام السابق الاشارة إليه، ص ٢١٨، وما بعدها، وانظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٧٠.

الفصل الثاني

إثبات الكفالة وتفسيرها

إذا ما توافر لعقد الكفالة أركان انعقاده وشرائط صحته، فإنه يكون قائماً منتجاً لآثاره. ولكن قد يثور بعد ذلك مشكلة متعلقة بإثبات هذا العقد أو بتفسيره. ولذلك نرى أنه من الضرورى التعرض لهاتين النقطتين قبل الكلام عن آثار هذا العقد وطرق إنقضائه.

أولاً: الكتابة كشرط لإثبات الكفالة:

تنص المادة ٧٧٣ مدنى على أن «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلى بالبينة».. وبذلك يكون قد خرج المشرع عن القواعد العامة فى الإثبات، والتى تجيز الإثبات بالبينة إذا كانت قيمة الإلتزام لا تزيد عن خمسمائة جنيه (م ٦٠ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩). والحكمة من هذا التشدد فى إثبات الكفالة هو أن الكفيل سوف يلتزم ويكون مسئولاً عن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وعادة يكون التزام الكفيل بدون مقابل. فلذلك استلزم المشرع أن يكون إثبات هذا الإلتزام بالكتابة حتى ينبه الكفيل إلى خطورة ما هو مقدم عليه. ولهذا السبب نفسه قد اشترط المشرع الفرنسى أن يكون رضا الكفيل صريحا[1].

وتبرز المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ذلك بقولهما: «بأنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع. وقد يكون من العسير أو قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل، وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته من طريق شهادة الشهود وحدها. ولذلك

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٧٩.

قلما تتم الكفالة عملاً بغير كتابة، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة. فلهذه الأسباب قد قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة،[1].

وإثبات الكفالة بالكتابة شرط ضرورى فى العلاقة فيما بين الكفيل والدائن. وحيث أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، وهو الكفيل، فإن الإثبات بالكتابة سيكون دائماً فى مواجهته. ومثال ذلك أن ينكر الكفيل كفالته لدين المدين، ففى هذه الحالة يجب على الدائن أن يقدم الدليل الكتابى على وجود عقد الكفالة إن أراد أن يستفيد من هذا الضمان الشخصى. أما بالنسبة للكفيل فإنه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة فى مواجهة الدائن، كأن يطالبه مثلاً بما يكون قد دفعه زائداً عن المستحق عليه، ويمكنه فى هذه الحالة الإثبات بغير الكتابة إذا كان ذلك جائزاً طبقاً للقواعد العامة[2].

أما بالنسبة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين، كأن يرجع الأول على الثانى بعد الوفاء بالإلتزام، فإنها تخضع للقواعد العامة فى الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بخمسمائة جنيه فأقل (م ١ قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩)[3].

يرى بعض الفقهاء أن الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة[4]، لوحدة العلة وعمومية نص المادة ٧٧٣ مدنى. ويرى بعض الفقهاء أن العلة فى هذا الاشتراط هى أنه إذا نكل المدين بوعده، فإن حكم القاضى يقوم بصدده مقام العقد النهائى. ولا يجوز التمسك بوعد يؤدى إلى عقد نهائى إلا إذا كان هذا الوعد ثابتاً بالكتابة[5].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥، ص ٤٢٦.
- وقارن محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٨، ص ٥٦ و ٥٧.
(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٦.
(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٨٠.
(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٧٢.
- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٥٠.
(٥) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٦.

ومما يجب التشديد عليه هو أن شرط الكتابة ليس شرطاً للانعقاد وإنما هو شرط للإثبات. بمعنى أن الكفالة عقد رضائى قائم ومنتج لآثارد طالما أنه مستوف لأركانه وشرائط صحته، ولو لم يكن مكتوباً. وكل ما يثور عند تخلف الكتابة يتعلق بإثبات العقد وليس بوجوده. ومع ذلك يجوز إثبات الكفالة عند تخلف الكتابة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين أو الإقرار. كما أنه يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة (م ٦٢ من قانون الإثبات) أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن السند الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه (م ٦٣ من قانون الإثبات)[١].

إذا كان التزام الكفيل تجارياً، فإنه لا يلزم بداهة لإثباته بالكتابة وإنما يمكن إثباته بالبينة والقرائن، وذلك طبقاً للمبادئ العامة.

وإذا كان يراد من الكتابة هو الاحتجاج على الغير فإنه يجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ. كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلاً وكان هناك دائن مرتهن تال له فى المرتبة[٢].

ثانياً: التفسير الضيق لعقد الكفالة:

إذا نظرنا إلى الحالة النفسية التى يكون عليها الكفيل وقت التعاقد نجد أنه إذا كان قد تقدم ليضمن المدين لدى الدائن حتى يسمح له بالحصول على الائتمان الذى يبغيه فإنه لم يدر فى ذهنه فى ذلك الحين أنه سيدفع أو يتحمل مخاطر دفع هذا الدين. كما أن الكفيل يتقدم غالباً ليضمن دين لا مصلحة له فيه وبدون مقابل.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٧٩ - عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٧٣ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٥٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٧ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٨٠.

وبالنظر إلى الوضع الخاص للكفيل، وإلى الطبيعة الخاصة لعقد الكفالة نجد أن المشرع قد صاغ معظم أحكام الكفالة وهو آخذ فى اعتباره حماية الكفيل. وسوف يبدو ذلك واضحاً جلياً عند دراسة آثار الكفالة أو طرق إنقضائها. وقد سبق أن رأينا أثر ذلك بصدد إنعقاد الكفالة. وتنعكس أيضاً هذه الطبيعة الخاصة، بصفة خاصة، على تفسير الكفالة حيث أن المبدأ هو التفسير الضيق للكفالة. وعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه فى أضيق نطاق تتحمله عبارات الكفالة(١).

وإذا كان قاضى الموضوع هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة فى هذا الخصوص، فإنه فى كل ذلك يقضى فى مسألة موضوعية ولا رقابة عليه من محكمة النقض فى هذا الصدد. أما فيما يتعلق بمبدأ تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً دون توسع، فإن الأمر يتعلق بقاعدة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض(٢).

وقد كانت القاعدة التى تقضى بالتفسير الضيق للكفالة معروفة فى القانون الفرنسى القديم، فكان يقال أنه لا يجوز التوسع فى تفسير الكفالة، لا من حيث الشئ، ولا من حيث الشخص، ولا من حيث الزمان(٣). ويراد بذلك حماية الكفيل الذى كثيراً ما يتورط فى الكفالة وبدون مقابل.

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، لم يجز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى، وإذا كفل الكفيل مستأجراً فى دفع الأجرة،

---

(١) انظر : Ph. Simler. Op. cit., no 252 p. 211.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٥.

- Ph. Simler, Op. cit., no 253 p. 212.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٣، ص ٥٦ ص ٩٤ - ١٠٠، والمراجع المشار إليها فى هامش (١) و (٢).

- السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٦ والمراجع المشار إليها فى هامش (٢).

اقتصرت الكفالة على هذا الإلتزام دون غيره من الالتزامات التى تنشأ عن نفس هذا العقد، كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. كما أن الكفالة لا تمتد إلى غير هذا العقد من عقود تتلوه ولو كان التجديد ضمنياً.

وإذا كان هناك شك فى تحديد نطاق الكفالة، أى فيما إذا كانت كفالة محددة أو كفالة غير محددة، وجب اعتبار الكفالة محددة[1].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٧، وهامش (٥).
- عبدا لفتاح عبدا لباقى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٩٥.



الفصل الثالث
آثار الكفالة

متى انعقد عقد الكفالة صحيحاً، فإنه يرتب آثاره فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل. وحيث أن الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاته. ونظراً إلى طبيعتها الخاصة وهى أنها عقد تابع لالتزام أصلى فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين فى حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول. وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونوا متضامنون أو غير متضامنين، وأيضاً قد يتعدد الكفلاء وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين. ولذلك فإن دراسة آثار الكفالة هى دراسة لكل هذه العلاقات. ولذلك سوف ندرس فى مبحث أول العلاقة فيما بين الكفيل والدائن، وفى مبحث ثان العلاقة فيما بين الكفيل والمدين، وندرس فى هذا المبحث رجوع الكفيل فى حالة تعدد المدينين وتضامنهم أو عدم تضامنهم، وفى مبحث ثالث ندرس علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء فى حالة تضامنهم وفى حالة عدم تضامنهم.

المبحث الأول
العلاقة فيما بين الكفيل والدائن[1]

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه. ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه. لكن نظراً إلى صفة التبعية لعقد الكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب المدين

(١) انظر فى أثر تشريعات حماية المستهلك على الكفالة.
Ph. Simler, Op. cit., no 392 p. 330 et.
- ومؤلفنا نحو قانون للإفلاس المدنى، ص ١١٧ وما بعدها.

أولاً قبل أن يطالب الكفيل، كما أنه يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلى لاستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد. وهناك شرط آخر تفرضه القواعدا لعامة وهو أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه. ويضاف إلى ذلك أنه فى حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وفى عقد واحد مع عدم تضامنهم فإنه لا يكون للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين فقط، وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم فإذا ما رجع الدائن على الكفيل واستوفى حقه كاملاً فإنه يجب عليه أن يسلم للكفيل أو للكفلاء المستندات اللازمة لاستعمالها فى الرجوع على المدين كما يلتزم أيضاً بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل أو الكفلاء.

ولذلك نقسم دراستنا فى هذا المبحث إلى مطالب أربعة، المطلب الأول ندرس فيه متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل، وفى الثانى ندرس الدفع بالتجريد، وفى الثالث ندرس الدفع بالتقسيم، وفى المطلب الأخير نعرض لالتزامات الدائن بعد استيفائه حقه من الكفيل.

المطلب الأول

متي يحق للدائن الرجوع علي الكفيل

هناك شرط بديهى تفرضه القواعد العامة، وهو أن لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول أجل التزام هذا الكفيل. ونظراً للطبيعة الخاصة للكفالة باعتبارها عقد تابع فإن الدائن لا يجوز له الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلى.

أولاً: حلول الأجل بالنسبة للكفيل:

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل هذا الدين ما لم يكن هناك أجل خاص لالتزام الكفيل. وعلى ذلك لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل التزامه حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد

حل قبل ذلك. لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين. لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام الأصلى.

وعلى ذلك فإذا مد أجل الالتزام الأصلى بإرادة الطرفين، الدائن والمدين، أو بحكم القاضى فإن الكفيل يستفيد من هذا المد فيمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد ولا يجوز مطالبة الكفيل قبل هذا الأجل الجديد. وإذا حدث العكس واتفق على تعجيل أجل التزام المدين فإن الكفيل لا يضار من هذا الإتفاق ولا تجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل الأصلى[1].

إذا كان هناك أجل واحد للالتزامين، وسقط أجل الالتزام الأصلى، بسبب إفلاس أو إعسار المدين أو إضعافه إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص أو عدم تقديم ما وعد به من تأمينات إلى الدائن (م ٢٧٣ مدنى) فإن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل. لأن المدين بعد الكفالة لايستطيع أن يسوئ مركز الكفيل[2].

ثانياً: الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً:

لدراسة هذا الدفع يجب أن نقف أولاً على العلة من تقريره، ثم نبين بعد ذلك المقصود بهذا الرجوع وطبيعة هذا الدفع، وأخيراً نعرض لشروط التمسك به.

١ - العلة من تقريره

إذا كان لا يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول إلا عند حلول أجل الدين بالنسبة لهذا الكفيل وذلك طبقاً لما تقضىٰ به القواعد العامة، فإن

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٩ ص ٩١.
– سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٦١.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٩١ والمراجع المشار إليها فى هامش (٢).
- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No 29, p. 49.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 554, p. 342 et 343.

الطبيعة الخاصة للكفالة، باعتبارها عقد تابع للدين الأصلى، وأن الكفيل غير المتضامن لا يلتزم إلا بصفة احتياطية، تستلزم أن يرجع الدائن على المدين الأصلى ليطالبه بالدين قبل رجوعه على الكفيل، فعند عدم وفائه بالدين فإنه يحق للدائن أن يرجع على الكفيل ليطالبه بالوفاء بالالتزام الذى ضمنه. وهذا ما تقضى به المادة ٧٨٨/١ مدنى إذ تنص على أنه «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين».

ولم يكن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم، شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى. ولذلك من المتفق عليه فقهاً وقضاءً فى فرنسا، وكذلك ما كان يقول به بعض الفقهاء فى مصر فى ظل التقنين المدنى القديم[1]، أنه يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلى أو التنبيه عليه بالوفاء، أو، حتى إعذاره. فيكون للدائن الخيار المطلق فى الرجوع على المدين أو على الكفيل أيهما شاء. ولكن للكفيل الحق فى هذه الحالة فى طلب تجريد المدين[2]. وهذا يعتبر أثراً من آثار الفكرة القديمة التى كانت معروفة فى أوائل عهود القانون الرومانى والتى كانت تشبه مركز الكفيل بالمدين المتضامن كما سبق أن رأينا.

وبمقتضى نص المادة ٧٨٨/١ مدنى يجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، أو على الأقل يرجع على المدين والكفيل معاً. فإن رجع على الكفيل وحده كان لهذا الكفيل وحده كان لهذا الكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن وجوب رجوعه أولاً على المدين.

٢ - المقصود بالرجوع وطبيعة هذا الدفع

ويقصد بالرجوع هنا المطالبة القضائية، أى رفع الدعوى[3]. وعلى ذلك

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٢٩ و ١٣٠.

(2) AUBRY et RAU. op. cit., No. 227, p. 335.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٣٠ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٦ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٥٦ - السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٤ ص ١٠٠ ومابعدها - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٦٣.

لا يكفى أن يعذر الدائن المدين حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين وإنما عليه التقدم فى التفليسة حتى يمكن بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده طبقاً لنص المادة ٧٨٦ . ويستثنى من ذلك أيضاً حالة ما إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ إذ أنه ليس فى حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه وإنما يكفى أن يكلف الدائن المدين بالوفاء ويعتبر هذا الإجراء فى ذاته رجوعاً كافياً على المدين بالمعنى المقصود بالمادة ١/٧٨٨ ويخول للدائن بعد ذلك مطالبة الكفيل.

وعلى ذلك فإذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين، فإن الكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بوجوب الرجوع على المدين أولاً. وهذا الدفع يعتبر دفعاً بعدم قبول الدعوى. لأن الدائن بادر برفعها قبل أن يقوم برفع الدعوى على المدين طبقاً لنص المادة ١/٧٨٨ . ويجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع أمام المحكمة، وإن كان يجوز له أن يبديه فى أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو فى الاستئناف. ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[1]، لأن الحكم الوارد فى المادة ١/٧٨٨ لا يتعلق بالنظام العام[2].

٢ - شروط التمسك بهذا الدفع

وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً يجب أن يتوافر عدة شروط:

١ - يشترط أولاً ألا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع. وذلك لأن هذا الحق قد قرره المشرع لمصلحة الكفيل، فهو بالتالى لا يتعلق بالنظام العام ويمكن للكفيل إذن أن ينزل عن هذا الحق. وهذا النزول قد يكون صريحاً أو ضمنياً. وقد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعدها.

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٧ ص ١٢٣ .
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٨ .
(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٨ .

٢ - يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين. وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكن هناك إجماع فى الفقه على الأخذ به[1]، وذلك لأن الأعمال التحضيرية تبين أن الحكم الوارد فى المادة ١/٧٨٨ خاص بالكفيل البسيط وحده دون الكفيل المتضامن. كما أن منطق التضامن يقتضى أن للدائن أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بكل الدين. وهذا المبدأ العام قد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً له بصدد كفيل الكفيل فى المادة ٧٩٧ مدنى حيث أنها نصت على أنه «... لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل». وحيث أن كفيل الكفيل ليس إلا كفيلاً عادياً للكفيل الأصلى الذى يعتبر فى منزلة المدين وطبقاً لنص هذه المادة فإنه لا يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا فى حالة التضامن، فإنه يمكن عن طريق القياس الأخذ بهذا الحكم فى الحالة التى نحن بصددها لوحدة العلة. فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ما لم يكن هناك إتفاق صريح على التضامن فيما بينهما.

٣ - ويشترط ثالثاً أن يكون للكفيل مصلحة فى التمسك بهذا الدفع. وهذا الشرط مستفاد من القواعد العامة، حيث أنه لا دعوى ولا دفع بدون مصلحة. والقاضى هو الذى يقدر فى النهاية ما إذا كان للكفيل مصلحة فى التمسك بالدفع من عدمه، ويجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى إذا تبين أن هناك فائدة ولو بسيطة من رجوع الدائن على المدين أولاً[2]. نظراً للصفة التبرعية والاحتياطية والتبعية للكفالة.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٣٤ - السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٤ ص ١٠٣ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨١ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٥٦ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٦٤ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٣٥ - السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٤ ص ١٠٣ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٥٦ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٦٥.

وعلى ذلك فإذا كان المدين معسراً، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين، فإنه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً وبذلك تنتفى المصلحة. ويقع على الدائن عبء إثبات أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد، فإن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل. كما أنه لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين، إذ يكفى أن يكون عنده أموال تفى ولو بجزء من الدين وذلك بخلاف الدفع بالتجريد، والذى يشترط أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله.

وإذا توافرت هذه الشروط الثلاث السابقة فى الدفع، وتمسك به الكفيل، فإنه يجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق فى رفعها بعد. ومع ذلك يستطيع الدائن أن يتجاوز هذه العقبة بأن يرجع على الكفيل والمدين معاً أو أن يرجع على المدين أولاً ثم يرجع بعد ذلك على الكفيل. إلا أن هناك دفعاً آخر يمكن للكفيل أن يبديه ليحول دون التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين، وهذا هو الدفع بالتجريد.

المطلب الثاني

الدفع بالتجريد

"Le bénéfice de discussion"

فى القوانين الحديثة قد تأكدت الصفة الاحتياطية للكفالة، وترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد. ولذلك سوف نلقى الضوء على التطور التاريخى لهذا الدفع وأهميته، ثم ندرس شروطه وآثاره، والتطبيق الخاص بهذا الدفع والذى أورده المشرع فى التقنين المدنى.

أولاً : نبذة تاريخية عن الدفع بالتجريد وأهميته:

فى القانون الرومانى كان مركز الكفيل أسوأ من مركز المدين فى العهود الأولى لهذا القانون. ثم ما لبث أن تطور الأمر نتيجة تطور فى الأخلاق أولاً ثم بعد ذلك فى القانون أدى إلى أن تساوى مركز الكفيل بمركز المدين، أى أصبح الكفيل فى مركز المدين المتضامن. بعد ذلك فرض القانون على الدائن ألا ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين وتجريده، وقد كان ذلك فى عهد جستنيان. وبذلك تأكدت الصفة الأساسية للكفالة وهى صفة الاحتياطية – هذه الصفة تقابل تماماً قصد المتعاقدين، حيث أن الكفيل لم يلتزم إلا وفى اعتباره الإخفاق المحتمل للمدين الأصلى فى تنفيذه لالتزامه، هذا الإخفاق ينبغى أن يوجد ويتأكد[1] .

وقد تبنى واضعو التقنين المدنى الفرنسى إصلاح جستنيان دون تعديل فى المادة ٢٠٢١ مدنى. وقد ساير تقنيننا المدنى القديم ثم بعد ذلك تقنيننا الحالى القانون الفرنسى والقانون الرومانى، فمنح للدائن الحق فى طلب التنفيذ على أموال الكفيل بمجرد حصوله على سند تنفيذى ضده، ولكنه أعطى الكفيل الحق أن يلزم الدائن بتجريد المدين أولاً.

وأهمية هذا الدفع تتجلى فى حماية الكفيل وتأكيد دوره الاحتياطى ووضعه التبعى. حيث أن الكفيل يلتزم عادة بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه. فهو ضامن لدين غيره، فمن العدالة ألا يرى أمواله تنزع منه، بينما أموال المدين قائمة لا تمس. فيجب أن يمكن هذا الكفيل من دفع إجراءات التنفيذ التى تقع على أمواله ومطالبة الدائن بأن يلجأ إلى أموال المدين للتنفيذ عليها حيث أنه سيجد ما يكفى لسداد دينه. كما أنه على فرض السماح للدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فإنه سيكون لهذا الكفيل الحق فى الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، فاقتصاراً للوقت والنفقات ينبغى أن نسمح للكفيل بأن يدفع بتجريد المدين أولاً قبل التنفيذ عليه حتى يتلافى بقدر الإمكان هذا

(1) MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, pp. 43 et 44.

الرجوع، كما أن الدائن لن يضار بالبدء بالتنفيذ على أموال المدين لأن كل ما يهمه هو الحصول على دينه ويستوى لديه أن يحصل عليه من أموال المدين أو الكفيل[1].

ثانياً : النظام القانوني للدفع:

ونقصد النظام القانونى للدفع هو كل ما يتعلق بنطاقه وشروطه وآثاره.

(١) نطاق الدفع بالتجريد من حيث الأشخاص:

الدفع بالتجريد **مقرر فقط للكفيل**، فلا يجوز إذن للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه لأن كل منهما مسئول على نفس الدرجة أى أن كل منهما مسئول مسئولية كاملة عن الدين كله.

والذى له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو **الكفيل العادي**، وعلى ذلك ليس للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتجريد (م ٧٩٣ مدنى). وحيث أن الكفيل فى الكفالة القضائية والكفالة القانونية يعتبر متضامناً بنص القانون (م ٧٩٥ مدنى)، فإنه لا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد، لكن إذا كانت طبيعة التضامن تقتضى حرمان الكفيل من الحق فى الدفع بالتجريد، فإن هذا لا يمنع من أن يشترط الكفيل الاحتفاظ بهذا الحق رغم تضامنه[2]، كما أن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيله، أى المصدق، من الدفع بالتجريد قبل الكفيل والمدين، ما لم يتفق على تضامنه أيضاً.

– والكفيل الذى له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو **الكفيل الشخصي**، وعلى ذلك فإنه ليس للكفيل العينى الحق فى التمسك بهذا الدفع، وهذا ما

---

(١) انظر فى هذا المعنى:
– عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١٤٤، والمراجع المشار إليها فى هامش (١).
– سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٦٧.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩١، ص ١٥٠.
– توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٥.

نصت عليه صراحة المادة ١٠٥٠ من التقنين المدنى : «إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك» .

كما أن الحق فى الدفع بالتجريد يثبت للكفيل العادى والملتزم التزاماً شخصياً، سواء كانت الكفالة قد تمت بناء على طلب المدين أو بعلمه أو رغم معارضته، أو بدون علمه، وسواء كانت الكفالة مجانية أو بمقابل، لأن الحق فى الدفع بالتجريد ثابت للكفيل فى مواجهة الدائن، فلا تهم علاقته بالمدين.

– وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنون، فليس للكفيل الذى كفل أحدهم أن يطلب بتجريد غيره[1]. أما إذا كفلهم جميعاً، حق له أن يتمسك بالدفع بالتجريد قبلهم كلهم. ولا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر ولو كان متضامناً[2].

(٢) شروط الدفع بالتجريد:

يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد وأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين موجودة فى مصر وكافية للوفاء بالدين كله (م ٧٨٩ مدنى).

(أ) يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد:

حيث أن الدفع بالتجريد حق خاص مقرر للكفيل، فإنه يجوز له أن يتنازل عنه سواء مقدماً عند إبرام عقد الكفالة أو بعد إبرامها. وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز له أن يستعمله بعد ذلك وهذا التنازل قد يكون صريحاً أو ضمنياً. وغالباً ما يكون هذا التنازل منصوص عليه صراحة فى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٤٦.
– محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١١٣.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٤٦.

عقد الكفالة ذاته نتيجة لاشتراط الدائن ذلك. ومن الممكن أن يكون هذا التنازل ضمنياً، أى يستخلص من ظروف الحال وملابساته، كأن يتعهد الكفيل بدفع الدين فوراً وعند حلول أجله وعند تخلف المدين عن ذلك. وقد يستفاد هذا التنازل الضمنى بعد قيام عقد الكفالة وبعد استنفاد الدائن للإجراءات المنصوص عليها فى القانون المدنى وقيامه بعد ذلك بالتنفيذ على أموال الكفيل وسكوت هذا الأخير عن الدفع بالتجريد. ويعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضى الموضوع[1].

فإن لم يتنازل الكفيل عن هذا الدفع صراحة أو ضمناً، فإنه يجب لكى يستفيد منه أن يتمسك به. وهذا طبقاً للقواعد العامة، حيث أنه حق خاص مقرر لمصلحة الكفيل ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. وقد جاءت المادة ٧٨٨ مدنى تؤكد ذلك بنصها على أنه: «لايجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

لكن متى يتمسك الكفيل بهذا الدفع؟ فى القانون الفرنسى المادة ٢٠٢٢ تلزم الكفيل بأن يتمسك بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى أى أنه يلزم بأن يدفع بالتجريد فى الدعوى المرفوعة عليه قبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط حقه فى التمسك به. ويعتبر عدم تمسكه بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى من قبيل التنازل الضمنى عنه.

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم نصاً مشابهاً لنص المادة ٢٠٢٢ مدنى فرنسى، وإن كان قد تضمن شرط عدم ترك الكفيل لهذا الحق فى المادة ٥٠٢/٦١٢ وقد ذهب جانب من الفقه فى ظل هذا التقنين إلى ضرورة تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد قبل التكلم فى الموضوع وإلا اعتبر ذلك نزولاً ضمنياً عنه. وقد أيدت هذا الرأى بعض المحاكم. لكن بعض الفقهاء انتقد هذا الرأى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٤٩.
- السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١١٩.

وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأى الأخير وقضت بأن للكفيل أن يدفع بالتجريد فى أى وقت مناسب، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه»[1].

وقد جاء فى مشروع القانون المدنى نص يقابل المادة ٢٠٢٢ فرنسى وهو نص المادة ١١٤٥ منه حيث أنه يقضى أن «لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذاطلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده» وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ولم يدل بالأسباب المبررة لذلك»[2].

وعلى ذلك فقد جاء التقنين المدنى الحالى خال من هذا النص ليقر الرأى الراجح فى الفقه والقضاء فى ظل التقنين المدنى القديم. وهو ما يتفق مع المبادئ العامة، والتى تقضى بأن النزول ينبغى أن يكون مؤكداً وإن كان لايشترط أن يكون صريحاً[3]. كما أن هذا يتفق أكثر مع موقف التقنين المدنى الحالى، الذى أورد نوعين من الدفوع، دفوع متعلقة بمرحلة المطالبة، ودفوع متعلقة بمرحلة التنفيذ. وذلك على خلاف التقنين الفرنسى الذى لايعرف هذه التفرقة، والدفع الخاص بمرحلة المطالبة هو الدفع الذى يبديه الكفيل بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها أولاً على المدين وسبق أن تعرضنا بالتفصيل لهذا الدفع. أما الدفع المتعلق بالمرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ هو الدفع بالتجريد، حيث أن لاتتجسد أهميته وفائدته إلا فى هذه المرحلة بالذات[4].

---

(١)عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ١٤٧.
– السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١١٩ هامش (٣)
– محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١١٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٥، ص ٤٩٧.

(3) MAZEAUD, op. cit., No. 31, p. 46.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ١٤٨ – محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١١٦ – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٨٦ – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٧١ – السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص ١١٩.

ويترتب على ارتباط الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ، أنه فى الأحوال التى يكون بيد الدائن سند صالح للتنفيذ وأراد أن ينفذ بمقتضاه على أموال الكفيل، فإن هذا الأخير يستطيع أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المدين أولاً وقبل التنفيذ على أمواله. يترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل. ولايستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يدفع بسقوط حق الكفيل فى التمسك بالدفع بالتجريد لعدم إبدائه فى المرحلة الأولى أى فى مرحلة التقاضى، لأن التقنين المدنى المصرى لا يستلزم ذلك (م ٧٨٨ مدنى) وذلك على خلاف الحال فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٢).

لكن لنا أن نتساءل هل، بالرغم من تعلق الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ حيث تظهر فائدته، لا يجوز للكفيل أن يتمسك به فى حالة ما إذا رفع الدائن دعواه على المدين والكفيل معاً، أى فى المرحلة الأولى، مرحلة المطالبة القضائية؟

قد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى أثناء نظر الدعوى[١]. ولكننا نرى مع الفقه الغالب أنه ليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بالتجريد فى المرحلة الأولى، أى مرحلة المطالبة القضائية، متى كانت الدعوى مقبولة، ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم بإلزام الكفيل بالدين، على ألا ينفذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين[٢].

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ٧٧ وفقرة ٨٢ ص ٨٩ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرةج ٦٠ ص ١١٦ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٥٨؛ وقارن : السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨،ص ١١٨.

(٢) انظر فى ذلك : عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ١٤٩ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٨٦ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٦٩ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٤ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٦٢.

وقارن: السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص ١١٩. هامش (٣)، حيث يقول: «لكن هذا النص (١١٤٥) قد حذف فى لجنة المراجعة، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعى يعين الوقت الذى يبد فيه الدفع بالتجريد، وصار لا مانع من الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل التقنين المدنى الجديد، فيجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه. كما قضت محكمة النقض فيما قدمنا.

(ب) يجب على الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله:

وقد نصت المادة ٧٨٩ مدنى على هذا الشرط بقولها:

١ - «إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله».

٢ - «ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية، أو كانت أموال متنازع فيها».

وعلى ذلك يشترط لكى يكون دفع الكفيل بالتجريد مقبولاً، أن يرشد، على نفقته، الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله. فإذا كان الكفيل التزم بضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وإذا كان منطق تبعية الالتزام يقتضى أن يرجع الدائن على المدين أولاً ثم ينفذ على أمواله قبل تنفيذه على أموال الكفيل، فلا أقل من أن يساعد الكفيل الدائن فى الحصول على حقه كاملاً من أموال المدين. وهذا هو أقل ثمن لالتزامه بضمان المدين. فيقع على الكفيل عبء إرشاد الدائن إلى هذه الأموال، وهو يتحمل فى سبيل ذلك النفقات اللازمة، كمصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها الكفيل، ومصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال[١].

- وإذا كان الدفع بالتجريد يقوم على أساس أن هناك أموال للمدين، وأن هذه الأموال كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً، فإنه يترتب على ذلك «إذا كان المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره، أو صار فى حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة، وبوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين كما لو كان هناك محضر يثبت بأنه ليس لديه أموال ظاهرة، فإنه تنتفى الحكمة من الدفع بالتجريد وبالتالى يفقد شرط أساسى من شروطه[٢].

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٤.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٠ وانظر أيضاً:

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, pp. 44 et 45.

– ولا يكفى أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين. وإنما يلزم أن يتوافر عدة شروط فى هذه الأموال حتى يتحقق الغرض من الدفع بالتجريد.

* فإذا كانت هناك أموال ولكنها لا تكفى للوفاء بالدين كله وإنما تكفى للوفاء بجزء من الدين فإنه لايجوز التمسك بالدفع بالتجريد. وذلك لأنه فى هذه الحالة إذا ألزمنا الدائن بالتنفيذ على أموال المدين فإن هذا معناه الزامه بقبول الوفاء الجزئى، وهذا غير جائز طبقاً للقواعد العامة (م ٣٤٢/١ مدنى)[١]، كما أنه سوف يترتب على ذلك أنه يرجع على الكفيل بالجزء الباقى، مما يؤدى إلى تأخيره فى استيفائه لدينه، لم ير المشرع له مبرراً[٢]. ويرى بحق جانب من الفقه أن هذه تبريرات ليست مقنعة لحرمان الكفيل من حق التجريد إذا أرشد الدائن إلى أموال تكفى لوفاء جزء كبير من الدين[٣]. مع العلم بأن القانون الفرنسى لا يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالدين كله، فيجوز أن تفى ببعض الدين[٤]. كما أنه ليس هى الحالة الوحيدة فى القانون المصرى الذى يجبر فيها الدائن على وفاء جزئى. لكن أمام صراحة النص لا مناص من توافر هذا الشرط.

وقد كان المشروع التمهيدى لايتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى. لكن قد أضيف هذا الشرط فى لجنة المراجعة واستقر فى التقنين

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥١.
– السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٠.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥١.
(٣) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١١٦.
– سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٧٥.

(4) - A. WEILL, op. cit., No. 28, p. 34;
- AUBRY et RAU, op. cit., No. 229, pp. 337 et 338;
- G. MARTY & P. RAYNAUD, op. cit. T. III, Vol. I, No. 555, p. 343;
- M. MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, p. 44.

المدنى الجديد، وذلك ليقر ما كان عليه التقنين المدنى المصرى القديم (م٢٠٥/٦١٢) والذى يشترط هذا الشرط[١].

ويستوى أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل عقاراً أو منقولاً[٢]. إذ العبرة بكفاية هذه الأموال للوفاء بدين الدائن. ولذلك يلزم أن ينظر إلى قيمتها الصافية، فإذا كانت هذه الأموال محملة بحقوق تجعل الصافى من قيمتها غير كاف لهذا الغرض ما أمكن الدفع بتجريدها[٣].

ويجب أن تكون أموال المدين المطلوب تجريدها قابلة للحجز عليها. وهذا الشرط لم يرد فى نص المادة ٢/٧٨٩ وإنما يجب الأخذ به. لأن العبرة ليست فى وجود أموال للمدين وإنما بالقدر الذى يستطيع الدائن أن يحجز عليه ويستوفى منه حقه، وهذا ما يستفاد من سياق نص المادة ١/٧٨٩[٤].

* ويجب أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل غير متنازع فيها (م ٢/٧٨٩ مدنى). ولم يكن هذا الحكم موجوداً فى التقنين المدنى القديم. وإن كان الفقه والقضاء قد ذهبا إلى وجوب الأخذ به فى ظل هذا التقنين[٥]. وذلك على نهج ما أخذ به المشرع الفرنسى فى المادة ٢/٢٠٢٣ من التقنين المدنى الفرنسى.

ولم يبين المشرع حقيقة المقصود بالأموال المتنازع فيها، فهل نأخذ بالحكم الوارد فى المادة ٢/٤٦٩ مدنى مصرى، والتى تنص على أن «يعتبر

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢١.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١١٩.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢١، والمراجع الفرنسية السابقة المشار إليها فى الهامش رقم (٢).

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥١.

(٤) انظر فى ذلك: محمد جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ١١٦.

(٥) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١١٧ والمراجع المشار إليها فى هامش ٤ و ٥.
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥٢.

الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام فى شأنه نزاع جدى»، وهو حكم مماثل لما ورد فى نص المادة ١٧٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى، أم يؤخذ فى هذا الصدد بمفهوم أوسع من ذلك مما يتفق مع الأساس الذى يقوم عليه الدفع بالتجريد؟

ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا إلى أنه لا يلزم فى تحديد الأموال المتنازع فيها الرجوع إلى المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسى[1]. كما ذهب أيضاً الفقهاء فى مصر إلى أنه لايلزم الرجوع إلى المادة ٢/٤٦٩ مدنى لتحديد المال المتنازع فيه. وعلى ذلك فلا يلزم لكى يكون المال متنازعاً فيه أن تكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدى، وإنما يكفى أن يستلزم التنفيذ عليه إجراءات طويلة معقدة[2]. ويعتبر لذلك مالاً متنازعاً عليه الحصة الشائعة فى عقار ذلك لأنه لا يمكن التنفيذ عليها إلا بعد الفصل فى دعوى القسمة، وأيضاً إذا كان مال المدين مثقلاً بحقوق عينية، كرهن أو إمتياز أو اختصاص[3].

* يجب ألا تكون الأموال التى يرشد الكفيل الدائن إليها واقعة خارج الأراضى المصرية. وذلك لأن المشرع يريد أن يجنب الدائن مباشرة إجراءات طويلة ومعقدة للتنفيذ عليها. ولايشترط القانون المصرى كما يشترط القانون الفرنسى أن تكون هذه الأموال واقعة فى نطاق محكمة الاستئناف حيث يجب أن يتم الوفاء (م ٢٠٢٣ مدنى فرنسى).

---

(1) - A. WEILL, op. cit., No. 29, p. 29, p. 34, Note 1;
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 555, p. 344, Note 1;
- AUBRY et RAU, op. cit., No. 229, p. 336, Note 17;
- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, p. 45.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥٢.
- السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٢.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٣.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ١١٨.

* وعلى ذلك فإن الكفيل ليس ملزماً بإرشاد الدائن إلى أموال المدين فحسب، بل ملزم أيضاً أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بالدين كله قابلة للحجز عليها وغير متنازع عليها وغير واقعة خارج أراضى جمهورية مصر العربية. ويقع على الكفيل عبء إثبات ذلك. ولقاضى الموضوع سلطة تقدير ذلك، ولا يخضع فى تقديره لرقابة محكمة النقض، حيث أن الأمر لايعدو أن يكون تقديراً لوقائع معينة.

(٢) آثار الدفع بالتجريد:

إذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد السابق بيانها، فما هى الآثار التى تترتب على هذا الدفع؟

قد جاء المشرع المصرى بنص صريح فى هذا الصدد، فقد نصت المادة ٢/٧٨٨ على أنه «لايجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ...». كما قد نصت المادة ٧٩٠ مدنى على أنه «فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذه الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب».

على ذلك فإن الأثر المباشر للدفع بالتجريد هو منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله أو وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بدأت. ويترتب على هذا الدفع أيضاً آثار غير مباشرة منها مسئولية الدائن عما يترتب على إعسار المدين إذا لم يتخذ إجراءات التنفيذ قبله فى الوقت المناسب. فإذا اتخذ إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب وحصل على حقه كله أو بعضه، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل فى الحدود التى حصل عليها الدائن على حقه، على أن يرجع بالباقى على الكفيل إذا كان لم يحصل على حقه كاملاً. ونعرض لهذه الآثار على التوالى:

الأثر الأول: منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله[1]: أو وقف إجراءات التنفيذ إن كانت قد بدأت. سبق أن رأينا أنه إذا كان الدفع بالتجريد يتعلق أساساً بالمرحلة الثانية، وهى مرحلة التنفيذ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبدائه فى المرحلة الأولى، أى مرحلة المطالبة القضائية. وعلى ذلك فإذا تمسك الكفيل بهذا الدفع فى مرحلة المطالبة القضائية، فإنه لا يترتب عليه وقف سير الدعوى المرفوعة على الكفيل، ولايمنع الحكم عليه بالدين، كل ما فى الأمر أنه إذا تبين للقاضى توافر شروط هذا الدفع، فإن حكمه على الكفيل لا يمكن تنفيذه ضده حتى يجرد المدين من أمواله، وإذا ما أقدم على إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين كانت هذه الإجراءات باطلة[2]. فى حالة ما إذا تمسك الكفيل بالدفع فى مرحلة التنفيذ عن طريق الاستشكال فى التنفيذ وكان دفعه مقبولاً، فإنه يترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وتسقط الإجراءات التى اتخذها الدائن قبل الدفع به. فيلغى مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويتعين رفعه، ويلغى التنبيه بنزع الملكية التى اتخذ ضد الكفيل ويلغى ما ترتب عليه من آثار، وتلغى إجراءات الحجز التنفيذى على منقولاته، ولاتقع المقاصة بين التزام الكفيل والالتزام الذى ترتب له بعد ذلك فى ذمة الدائن[3].

لكن ما يترتب على الدفع بالتجريد من عدم إمكان التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله لا يحول دون إتخاذ الإجراءات التحفظية

---

(1) A. WEILL, op. cit., No. 29, p. 35; AUBRY et RAU, op. cit., No. 22, p. 339 et p. 340; G. MARTY; P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 555, p. 344; MAZEAUD, op. cit, T. III, Vol. I, No. 30 p. 44.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٧، ص ١٥٨.
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٦.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص ١٢٦ و ١٢٧ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١٢٠.

فى مواجهة الكفيل. كأن يطلب وضع الأختام على تركته إذا مات، أو أن يطلب توقيع حجزاً تحفظياً على أموال الكفيل، أو أن يطلب تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه جنون أو سفه أو غفلة[1]. ويعتبر من قبيل الإجراءات التحفظية حصول الدائن على حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل[2]. كل ما هنالك أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا العقار إلا بعد تجريد أموال المدين[3].

الأثر الثاني: يترتب على قبول الدفع بالتجريد مسئولية الدائن على إعسار المدين نتيجة عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (م٧٩٠ مدنى). وحيث أن الكفيل ملزم بأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله حتى يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، فإن الدائن يكون مسئولاً إذن قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذه الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب، فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين، وتباطأ الدائن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها كان الدائن مسئولاً عما كان يحصل من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل، وبالمثل لو أن الكفيل دل على عقار للمدين فى يد الغير. وتباطأ الدائن فى اتخاذ

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٩٠ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١٢٧ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٩٠ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٢٠ و ١٢١ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٦ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٧ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص ٦٢ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٩٧، ص ٢٥٨ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٢) محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ٦٥، ص ١٠٦ و ١٠٧ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٨٣، ص ٩٠ و ٩١ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ٩٠ و ٩١ - السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص ١٢٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٧.

(٣) انظر عكس ذلك :
عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، صفحة ١٥٨ هامش (٢).

الإجراءات لقطع التقادم المكسب مما سمح للغير بتملك هذا العقار بالتقادم، فإنه يكون مسئولاً قبل الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار فى الوقت المناسب. ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية[1].

الأثر الثالث: براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه علي أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل، فإذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل فى الوقت المناسب وحصل على حقه كاملاً، برئت ذمة الكفيل، وانقضى التزامه. لكن إذا لم يحصل الدائن على حقه كاملاً عند تنفيذه على هذه الأموال، وذلك نتيجة لانخفاض قيمتها عند التنفيذ، أو ظهور دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن، أو أن تقدير الأموال كان مبالغاً فيه، فإنه يستطيع أن يرجع بالباقى من حقه على الكفيل. ولكن على الدائن فى هذه الحالة أن يثبت أن نفذ على جميع الأموال التى دل عليها الكفيل، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً. ويعد أن يثبت ذلك بتقديمه محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ[2].

ثالثاً: صورة خاصة للدفع بالتجريد: الدفع بتجريد المدين من الأموال المحملة بتأمين عيني لضمان نفس الدين قبل التنفيذ علي أموال الكفيل:

– هذه الصورة تفترض أن هناك تأميناً عينياً مقدماً من المدين، وقد خصص قانوناً أو إتفاقاً لضمان الدين، ثم تعاصرت معه أو جاءت بعده كفالة ولم يكن الكفيل متضامناً.

(١) انظر: السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص ١٢٨.
– ومجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥، ص ٥٠٨.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٩، ص ١٢٨ و ١٢٩.
– محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١٢١ و ١٢٢.

فى هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله هو. وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩١ مدنى بقولها أنه : «إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو إتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين».

– وقد استحدث المشرع المصرى هذه الصورة التى لا يوجد مقابل لها لا فى التقنين المدنى القديم ولا فى القانون الفرنسى، وإنما استقى المشرع هذا النص من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين المدنى السويسرى والمادة ٢/٧٧٢ من التقنين المدنى الألمانى[1].

– وحكمة هذا النص واضحة، إذ أن المشرع قد راعى أن تدخل الكفيل لضمان الدين فى الوقت الذى يوجد فيه تأمين عينى مخصص لضمان ذات الدين، قد أخذ فى اعتباره ذلك واعتمد على هذا التأمين فى الوفاء بالدين المضمون. ولذلك فإنه يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل به، على أن يكون له الحق فى التنفيذ على أموال الكفيل إذا لم يكف هذا المال المحمل بالتأمين للوفاء بحقه كاملاً.

– ووجه الخصوصية فى هذه الصورة هو أنه لايشترط فيها أن يكون هذا التأمين كافياً للوفاء بدين الدائن كما هو الحال فى الصورة العامة للدفع بالتجريد. كما أن الدفع لاينصرف إلى كل أموال المدين وإنما إلى المال أو الأموال المحملة بتأمين عينى.

- وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ينبغي أن تتوافر عدة شروط:

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥ ص ٥١١.
– السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٥٠ ص ١٢٩ هامش (٢).
– عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٨، ص ١٦٠ و ١٦١.

١ – يجب أن يكون هناك تأمين عينى خصص لضمان الدين. والتأمين العينى قد يكون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو حق إمتياز. وبناء على ذلك قد يكون التأمين العينى وارداً على عقار أو على منقول وذلك بحسب طبيعة هذا التأمين. وقد يكون مصدر هذا التأمين القانون أو الإتفاق، وذلك طبقاً لنص المادة ٧٩١ مدنى. ومع ذلك فإن الفقه يذهب إلى أن الاختصاص يدخل فى نطاق هذا النص[١]. ولكن لايدخل ضمن هذا النص الحق فى الحبس حيث أنه لايعتبر تأميناً عينياً. كما يستوى أن يكون هذا التأمين العينى ضامناً للدين وحده أو ضامناً له مع غيره من ديون. ويستوى أن يكون كافياً للوفاء بالدين أم غير كاف.

٢ – يجب أن يكون التأمين العينى سابقاً أو معاصراً للكفالة. وعلى ذلك إذا كان التأمين العينى قد تقرر بعد الكفالة فإن الكفيل لايستطيع أن يدفع بضرورة التنفيذ على المال المحمل به قبل التنفيذ على أمواله. أما إذا كان التأمين العينى سابقاً أو معاصراً فإن الكفيل قد وضعه فى اعتباره عند تقدمه لضمان دين المدين وبالتالى فقد اعتمد عليه فى الوفاء بالدين المضمون.

٣ – هل يلزم أن يكون التأمين مقدماً من المدين؟ .. نحن نرى مع غالبية الفقهاء أن المادة ٧٩١ مدنى تنصرف إلى الحالة التى يكون فيها التأمين العينى مقدماً من المدين[٢]، وذلك لأنه يعتبر صورة خاصة من

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ١٦١ – السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٥٠ ص ١٣٠ – محمود جمال الدين زكى، المرجع ا لسابق، فقرة ٦٣ ص ١٢٢ – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٨ – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٧٩ – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٦٦ – محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠ ص ٢٦٠ ؛ وقارن : أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٧٥ ، حيث يرى : «أن الحجة الأساسية فى شمول حق الاختصاص هو نص المادة ٤٨٩ مرافعات وليس لأنه يخضع لنفس أحكام الرهن الرسمى».

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ١٦٢ – السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٥٠ ص ١٣٠ و ١٣١ – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٨ و ٦٩ – محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٣، ص ١٢٢.

بالتجريد[1]، وهذا الدفع لاينصرف إلا إلى أموال المدين، وعلى ذلك فإنه لاينصرف إلى التأمين العينى المقدم من الغير، كالتأمين المقدم من الكفيل العينى. و ذلك لأن التزام كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى التزام تابع. وأن الاختلاف بين الكفيل العينى والكفيل الشخصى ليس فى درجة المسئولية وإنما فى مدى هذه المسئولية[2]. كما أن نص المادة ٧٩١ مدنى مأخوذ من المادة ٢/٧٧٢ من التقنين الألمانى والمادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسرى، وأنه فى كل من التقنينين يجب أن يكون المال المحمل بالتأمين مملوكاً للمدين[3].

ولكن يجب أن يكون واضحاً فى الأذهان أن استلزام المادة ٧٩١ من أن يكون التأمين العينى مقدماً من المدين لا يعنى أنها تستلزم بقاء هذا المال المحمل بهذا التأمين فى ذمة المدين إذ يمكن أن تنتقل ملكيته إلى الغير، ولكن فى كل هذه الأحوال فإن التأمين العينى يكون سارياً فى مواجهة هذا الغير[4].

إذن العبرة وبأن يكون التأمين العينى قد نشأ على مال مملوك للمدين ولو انتقلت ملكيته بعد ذلك إلى غيره[5].

---

(١) انظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ٧٣.

(٢) انظر عكس ذلك : أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٧٤ و ص ٧٥ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠، ص ٢٦٠ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٦٧ و ١٦٨.

(٣) انظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٧٥؛ وقارن سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٨١.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ١٦٣.

(٥) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣ ص ١٢٣.
وقارن سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٨١. والذى انتهى إلى نفس النتيجة ولكن بطريقة غير مباشرة، وذلك بقوله بأنه «ينبغى التفرقة بين فرضين: الأول، أن يكون الشخص الذى يملك المال المثقل بالتأمين العينى هو كفيل عينى لنفس الدين. وهذا الفرض لا مجال للتمسك بالتجريد بل يجوز فقط التمسك بالتقسيم إذا توافرت شروطه، والفرض =

٤ – يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين. هذا الشرط متطلب أيضاً بالنسبة للصورة العامة للدفع بالتجريد المنصوص عليها فى المادة ٢/٧٨٨ وذلك لأن منطق التضامن يجعل الكفيل فى مركز المدين الأصلى وبالتالى يسمح للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين (م ٧٩٣ مدنى)، وأيضاً قبل تنفيذه على المال المحمل بتأمين عينى معاصر أو سابق للكفالة. وعلى ذلك فإذا كان الكفيل متضامناً فإنه لايستطيع أن يتمسك لا بالدفع بالتجريد فى صورته العامة ولا بالدفع بالتجريد فى صورته الخاصة المنصوص عليها فى المادة ٧٩١ مدنى.

٥ – يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الكفيل. وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

فإذا توافرت كل هذه الشروط، وقبل الدفع من الكفيل، فإنه يترتب على هذا الدفع ما يترتب على الدفع بالتجريد فى صورته العامة من آثار. فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال المحملة بهذا التأمين. وإذا كانت قد بدأت إجراءات التنفيذ فإنها يجب أن توقف ويسقط ما سبق اتخاذه من إجراءات. وإذا كانت نتيجة التنفيذ على المال المحمل بالتنفيذ العينى كافية للوفاء بالدين كاملاً، برئت ذمة الكفيل. فإن لم تكن كافية رجع الدائن بما تبقى له على أموال المدين ويستوفى كامل حقه.

= الثانى، يكون الشخص الذى يملك المال المثقل بالتأمين العينى، شخصاً من الغير وليس كفيلاً لنفس المدين، وهذا الفرض فإن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد كما يتمسك به لو كان هذا المال مملوكة للمدين».

المطلب الثالث

الدفع بالتقسيم

Le bénéfice de division

الدفع بالتقسيم يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفى عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم. وعلى ذلك فإن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين فقط. وقد أورد المشرع حكم هذا الفرض فى المادة ٧٩٣، وهى تنص على أنه:

١ - «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة».

٢ - «أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم».

والمشرع المصرى قد سلك مسلكاً مخالفاً للقانون الفرنسى (٢٠٢٥ - ٢٠٢٦ مدنى فرنسى)، حيث أن التقسيم بين الكفلاء يقع بقوة القانون، وأن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء، بل يتحمل وحده نتيجة إعساره. وقد كان هذا هو نفس الحكم فى القانون المدنى القديم وذلك على غرار الشريعة الإسلامية الغراء[1]. ولكن ما هى شروط الدفع بالتقسيم وما هى آثاره؟

---

(١) راجع المادة ٨٥٨ مرشد الحيران التى تقضى بأن: «إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معاً فى عقد واحد فلا يطالب كل منهم إلا بحصته من الدين المكفول...» وراجع كذلك المادة ٦٤١ من المجلة. وانظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٠، ص ١٣٦ هامش (٢)

أولاً : شروط الدفع بالتقسيم:

يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط:

١ – أن يتعدد الكفلاء، وعلى ذلك فإذا كان للمدين كفيل واحد فإن الدين لاينقسم بينه وبين المدين.

٢ – أن يتعدد الكفلاء لدين واحد. وعلى هذا لايجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق أى كفيل الكفيل، لأنهما لايكفلان نفس الالتزام. إذ الكفيل يضمن الالتزام الأصلى، ويضمن المصدق التزام الكفيل.

٣ – أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين. فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم وقدم كل منهم كفيلاً، كل كفيل من هؤلاء قد كفل ديناً واحداً ولكن لم يكفل نفس المدين. وعلى ذلك فلا يجوز لأحد هؤلاء الكفلاء أن يطلب التقسيم. بل يبقى كل منهم مسئولاً عن الدين بأكمله. أما إذا كفل هؤلاء الكفلاء المدينين المتضامنين جميعاً، فإنهم يكونوا بذلك قد كفلوا ديناً واحداً ونفس المدينين، ولذلك ينقسم الدين عليهم[1]. فى حالة ما إذا كان المدينون غير متضامنين فإن الدين ينقسم ابتداء على المدينين، وينقسم بالتالى على الكفلاء وذلك طبقاً للقواعد العامة.

٤ – أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد. فإذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فإن هذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالى انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه. ولذلك فإن المشرع قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون. أما فى حالة ما إذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل، فإنه لايكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء وبالتالى فلا ينقسم الدين بينهم إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم، فلا يسأل إلا عن النصيب الذى ارتضى كفالته (م ٢/٧٩٢) . أما إذا لم يحتفظ أحدهم

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤١ ص ٩٥.

لنفسه بحق التقسيم فإن كل كفيل يصبح مسئولاً عن كل الدين، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضامم[1].

٥ – ألا يكون الكفلاء المتعددين متضامنين فيما بينهم لأنهم إذا كانوا متضامنين فإن منطق التضامن يقضى بأن للدائن حق فى أن يطالب أيا منهم بكل الدين. وإذا كان أحد الكفلاء متضامناً مع المدين فإنه يكون بذلك قد وضع نفسه فى نفس مركز المدين الأصلى، وبالتالى فلا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ويسأل عن الدين كله، ويثبت للكفلاء الآخرين الحق فى التقسيم إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم[2].

ثانيا: آثار الدفع بالتقسيم:

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها، فإنه لا يحق للدائن أن يطالب أى من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين، ويقسم الدين فيما بين الكفلاء بالتساوى ما لم يوجد اتفاقى على خلاف ذلك. ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء. ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع فى أى حالة تكون عليها الدعوى، بل يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون حاجة أن يتمسك به الكفيل. ويترتب على ذلك أنه إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر منهم وهذا بخلاف ما هو عليه الحال فى فرنسا[3].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٦. وانظر مؤلفنا فى التضامم ومبدأ عدم افراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٢، ص ١٣٩ – سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٩٧، ص ١١١ – السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩٥ – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٨٤؛ وانظر عكس ذلك: – محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١١٤ – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٦١ – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(1) - A. WEILL, op. cit., No. 31, p. 36 et 37.
- AUBRY et RAU, op. cit., No. 230, p. 349.
- MAZEAUD, op. cit, T. III, Vol. I, No. 42, p. 50 et 51.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 556, p. 345.

المطلب الرابع

التزامات الدائن عند استيفائه الدين

إذا رجع الدائن على الكفيل، بعد مراعاة الإجراءات والشروط السابق بيانها، ووفى هذا الأخير بالدين له، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن يلتزم فى مواجهة الكفيل بتسليم المستندات اللازمة لمباشرة حقه فى الرجوع وكذلك يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

أولاً : التزام الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع:

فقد نصت المادة ١/٧٨٧ على أنه «يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين بالمستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع». وتظهر أهمية ذلك فى أن الكفيل الذى وفى الدين يجوز له أن يرجع على المدين ليطالبه بما وفاه عنه، وعلى الكفلاء الآخرين ليطالبهم بنصيبهم فى الدين فى حالة ما إذا كانوا متضامنين وقام هو بالوفاء بكل الدين.

ولذلك يجب على الدائن أن يسلم الكفيل سند الدين، فإذا ما امتنع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء له ولا يعتبر بذلك مخلاً بالتزامه، ويستطيع الكفيل أن يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته.

ثانياً : التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل:

وتنص المادة ٢/٧٨٧ على أنه «إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل». وتنص الفقرة الثالثة على أنه «إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين».

وتظهر أهمية ذلك عندما يحل الكفيل محل الدائن فى الدين الذى وفاه له، حيث أن هذا الحلول يعطى الكفيل نفس حق الدائن بما يكلفه من ضمانات. فلذلك يجب على الدائن أن يتخلى للكفيل عن المنقول المرهون أو المحبوس، حتى يوفر له نفس الضمان فى استيفاء حقه. بل أكثر من ذلك إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى فإنه يجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، كالتأشير بذلك على هامش القيد، مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص، ويتحمل الكفيل هذه المصروفات على أن يرجع بها على المدين.

وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن إذا لم يقم بهذا الالتزام، ولا يعتبر الكفيل مخلاً بالتزامه، وذلك حتى يضغط على الدائن ليحصل منه على هذه الضمانات حتى يستفيد منها عند الرجوع على المدين وذلك بحلوله محل الدائن فى حقه بما يكفله من ضمانات وما يلحقه من توابع وبما له من صفات كما سنرى فيما بعد عند الكلام عن دعوى الحلول.

المبحث الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين [1]

دعاوي رجوع الكفيل علي المدين - الدعوي الشخصية، ودعوي الحلول:

إن التزام الكفيل بمقتضى عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به إن لم يف به المدين نفسه. فالتزام الكفيل بالضمان عادة يكون بدون مقابل، فهو يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه. ولذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن، كان فى حكم من وفى دين غيره. ولهذا كان طبيعياً أن يعطى القانون الكفيل حق الرجوع على المدين.

---

(١) انظر دراسة تفصيلية لهذه العلاقة فى الفقه والقضاء الفرنسى.
PH. Simler, op. cit., No 517 et S. p. 423 et S.

والرجوع على المدين يفترض أن الكفيل قد وفى بالدين. ولذلك وتمشياً مع هذا المنطق فإن القانون المدنى لا يعطى الكفيل حق الرجوع على المدين إلا إذا قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن. وذلك بخلاف القانون المدنى القديم الذى كان يجيز للكفيل أن يرجع على المدين فى بعض الأحيان دون أن يكون قد وفى بالدين. وذلك فى حالة ما إذا حل أجل الدين المكفول حتى ولو منح الدائن أجلاً جديداً، وذلك حتى يؤمن الكفيل ضد خطر إعسار المدين المحتمل، وفى حالة إفلاس المدين، وذلك لحماية الكفيل من تراخى الدائن فى الدخول فى التفليسة وبالتالى ضياع حقه ثم يحمل الكفيل تبعة ذلك. والقانون المدنى الحالى قد قرر من الوسائل ما يكفل لحماية الكفيل من إهمال أو تقصير الدائن. فالدائن هو الذى يتحمل كل تقصير يصدر منه ويضر بالكفيل. ولذلك فقد خول القانون المدنى الكفيل أن ينذر الدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من هذا الإنذار وإلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم له المدين ضماناً كافياً (م ٢/٧٨٥ مدنى) وكذلك إذا أفلس المدين ولم يدخل الدائن فى التفليسة برئت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن (م ١/٧٨٦ مدنى).

وعلى ذلك فإن الكفيل لا يحق له الرجوع على الدائن إلا إذا كان قد وفى فعلاً الدين للدائن، وذلك على خلاف القانون المدنى القديم والقانون الفرنسى. والكفيل فى وفائه بدين المدين يكون قد وفى دين غيره، وإن كان قد وفى التزامه الذى التزم به بمقتضى عقد الكفالة، ولمن وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على المدين الأصلى. ويكون هذا الرجوع بأحد دعويين، إما الدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدنى) أو بدعوى الحلول (م ٣٣٢ مدنى). وقد جاء المشرع بتطبيقات خاصة لهذه القواعد العامة فى صدد عقد الكفالة. فأجازت المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه بمقتضى دعوى شخصية. كما أجازت المادة ٧٩٩ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بعد استيفاء الدائن لكل حقه من هذا الكفيل بدعوى الحلول. ولكى يلجأ الكفيل إلى أى من هاتين الدعويين يجب أن تتوافر شروط معينة.

ولكن كل ما تقدم يفترض العلاقة البسيطة أى العلاقة بين كفيل ومدين ودائن. ولكن قد يتعدد المدينون وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين. ولذلك يجب أن ندرس فى مطلب أول رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية، ثم فى مطلب ثان رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، ثم بعد ذلك نعرض فى مطلب ثالث لحالة رجوع الكفيل وتعدد المدينين.

المطلب الأول

الدعوى الشخصية[1]

تنص المادة ٧٩٨ من التقنين المدنى على أنه:

١ - «يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفائه الدين، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بإنقضائه».

٢ - «فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه».

وكما تنص المادة ٨٠٠ من التقنين المدنى على أنه :

١ - للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع الى المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

٢ - ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده».

٣ - «ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع».

---

(١) انظر : Ph. Simler, op. cit., No. 526 p. 427 et s.

ومن هذه النصوص نستطيع أن نحدد خطتنا لدراسة الدعوى الشخصية على النحو التالى، نعرض للكفلاء الذين لهم الحق فى مباشرتها، ثم للأساس القانونى لهذه الدعوى، وبعد ذلك نعرض لشروطها ولموضوعها.

أولاً : الكفلاء الذين يحقق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية:

– طبقاً لنص المادة ٨٠٠ فقرة أولى أن الكفيل الذى يستطيع أن يرجع على المدين بما وفاه هو الكفيل الذى تقدم ليضمن المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه. وعلى ذلك فإن الكفيل الذى تقدم للكفالة بعلم المدين له الحق فى الرجوع بالدعوى الشخصية، وسواء أكانت الكفالة بناء على طلب المدين، أو أن المدين لم يطلب منه أن يتقدم لكفالته ولكنه علم بحصول الكفالة ولم يعارضه فيها. ويكون أيضاً للكفيل الذى تقدم بغير علم المدين حق الرجوع على هذا الأخير بالدعوى الشخصية. ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن، والكفيل المأجور وغير المأجور، والكفيل الشخصى والكفيل العينى.

– قد يتبادر إلى الذهن بأن الكفالة التى تتم رغم معارضة المدين تدخل فى نطاق هذا النص، حيث أن المعارضة تفترض العلم أولاً بالشئ ثم معارضته بعد ذلك. ومع ذلك فإن هناك شبه إجماع فى الفقه على أن هذه الحالة لا تدخل فى نطاق هذا النص، وذلك لأن النص عندما تكلم عن علم المدين بالكفالة افترض أنها عقدت برضائه. ولو قصد المشرع منح هذه الدعوى للكفيل الذى يتقدم للضمان رغم إرادة المدين لنص على ذلك صراحة كما فعل فى الحالات الأخرى(١). وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا الفرض، فإنه لم يبق للكفيل إلا بالرجوع على المدين بدعوى الحلول، أو

---

(١) عبد الفتاح عبدا لباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ١٧١ – السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٠ ص ١٥٩ – سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص ١٢٠ – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٩٧ – محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٢٩ – و ص ١٣٠.

الرجوع الذى تقرره القواعد العامة للموفى بالإلتزام رغم إرادة المدين (م ٣٢٤ مدنى).

ولا يدخل أيضاً فى نطاق هذا النص الكفالة التى تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين. بمعنى أن الكفيل فى هذه الحالة لا يحق له الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين وإن كان له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة. وتكون الكفالة فى صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الإلتزام فى ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن فقط ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير[1].

وعلى ذلك فإنه يحق للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى بصفة عامة ما لم تكن الكفالة قد تمت رغم معارضةالمدين لها، وما لم تكن الكفالة قد أبرمت فى صالح الدائن وحده. إذ فى هاتين الحالتين يرجع الكفيل على المدين طبقاً للقواعد العامة، أى دعوى الإثراء بلا سبب.

ثانياً :الأساس القانوني لهذه الدعوي:

يذهب الفقه فى فرنسا إلى تأسيس هذه الدعوى إما على دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، ففى الحالات التى تكون فيها الكفالة قد عقدت برضاء المدين الصريح أو الضمنى فإن الدعوى الشخصية تكون على أساس وجود هذا الوكالة فى الوفاء بالدين. وفى الحالات التى يكون فيها الكفالة قد عقدت بغير علم المدين وقام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين، فإن عند رجوعه على المدين تكون دعواه فى الرجوع أساسها الفضالة[2]،وقد أيد جانب من

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ١٧٣ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٦٠ و ١٦١.

(2) - AUBRY et RAU, op. cit., No. 234 p. 354;
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 559, p. 546.
- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 34, p. 46;
- A. WEILL, op. cit., No. 35, p. 39, p. 39 et p. 40.

الفقه المصرى هذا الرأى[١].

أما غالبية الفقهاء فى مصر فيذهبون إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين طبقاً للمادة ٨٠٠ ليست دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، بل هى دعوى أخرى مستقلة ومتميزة عن كل من هاتين الدعويين وهى تسمى دعوى الكفالة[٢].

بينما لا يرى البعض أهمية عملية كبيرة فى القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون[٣]، ويذهب البعض الآخر إلى أن إنتقاد غالبية الفقهاء فى مصر للفقه التقليدى لا محل له، لأن الفقه التقليدى لا يقصد بتأسيس دعوى الكفيل على فكرة الوكالة أو فكرة الفضالة سوى تشبيه الكفيل بالوكيل أو بالفضولى، وتقريب كفالته، بعلم المدين بالوكالة، وكفالته، دون علمه، بالفضالة، لا اعتبار دعوى الكفيل ناشئة فعلاً، عن عقد الوكالة أو واقعة الفضالة. ولا تطبق قواعد الوكالة أو الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين[٤].

ونحن نرى أنه من الأفضل اعتبار الدعوى الشخصية، المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى، والتى يرجع بها الكفيل على المدين دعوى مستقلة من حيث أحكامها ونطاق تطبيقها – وتسمى بدعوى الكفالة مثلها فى ذلك مثل دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، وأن التشابه بين هذه الدعاوى لايؤدى بالضرورة إلى الخلط بينها.

---

(١) انظر : محمد كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، فقرة ١٠٤ ص ١٤٠.

(٢) انظر فى نقد تفصيلى للفقه التقليدى:
عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص ١٦٨ إلى ١٧٠ – سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١١٦ – محمد على إمام، المرجع السابق، ص ١٣٥ – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩ – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١١٣ – أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٨١ – محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٧ ص ٢٦٥.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦١ ص ١٦٥ و ١٦٧.

(٤) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٢٨.

ثالثا : شروط الدعوي الشخصية:

- كان للكفيل الذى تمت كفالته دون معارضة المدين ولمصلحة هذا الأخير حق الرجوع على هذا المدين بدعوى شخصية، أو بدعوى الكفالة. فإنه يجب أن تتوافر عدة شروط حتى يستطيع الرجوع بهذه الدعوى وهذه الشروط نعرض لها فيما يلى:

١ - يجب أن يكون أجل الدين قد حل. فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل، فإنه لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول الأجل. والأجل الذى يعتد به هنا هو الأجل الأصلى للدين المكفول. وعلى ذلك إذا حل هذا الأجل ولكن الدائن قد منح المدين أجلاً جديداً. فإن هذا الأجل الأخير لا يحتج به فى مواجهة الكفيل ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلى، ويستطيع آنذاك أن يرجع على المدين بما وفاه حتى ولو قبل إنقضاء الأجل الجديد، ولكن على العكس من ذلك فإذا كان المدين قد نزل عن الأجل الأصلى، فإن الكفيل يستطيع أن يفيد من هذا النزول، ويقوم بالوفاء بالدين فوراً، وأن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه للدائن[1].

٢ - يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن حتى يمكنه أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين. ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالإلتزام فقط وإنما ينصرف أيضاً إلى أسباب الإنقضاء الأخرى، كالمقاصة والوفاء بمقابل، أو التجديد بتغيير المدين، أو الإنابة الكاملة، أو إتحاد الذمة، بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين، وإلا لما أمكن للكفيل الرجوع عليه، كما لو أن الكفيل قد وفى الدين بمقابل واستحق هذا المقابل، وأيضاً إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم التزام الكفيل لا يكون

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ١٧٧ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٦٩ هامش (٤) - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١١٤ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق. ص ٧٢.

قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك فلا يستطيع الرجوع على المدين[1].

ولا يشترط لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين أن يكون قد قام بالوفاء بالدين كله، أو أن يكون الدائن قد استوفى دينه بتمامه عن طريق آخر وذلك بخلاف الحال فى دعوى الحلول. وإنما إذا وفى الكفيل بجزء من الدين المكفول فإنه لا يحق له الرجوع على المدين إلا بهذا الجزء بشرط أن يكون قد رضى بهذا الوفاء الجزئى لإبراء ذمة الكفيل فى مواجهته، إذا كانت الكفالة غير محددة، إبتداءً لأنه لم يكن قد كفل إلا هذا الجزء. فإذا حدث وأن تزاحم الكفيل عند رجوعه على المدين بهذا الجزء مع الدائن عند رجوعه بباقى الدين ولم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما فإنهما يتقاسما هذه الأموال قسمة الغرماء. وليس هناك محل للقول بعدم إمكان ذلك بحجة أن «الضمان والتعرض لايجتمعان، ومن يجب عليه الضمان لا يجوز له أن يطالب الاستحقاق، سواء فى الحقوق العينية، أو الحقوق الشخصية»[2]. لأن فى هذا الفرض ليس هناك أى ضمان أو تعرض حيث أن قبول الدائن للوفاء الجزئى، والذى لا يجبر عليه، قد أبرأ ذمة الكفيل من الضمان، وبالتالى مزاحمته للدائن لا تشكل أى تعرض. وذلك خلافاً للرجوع بدعوى الحلول (انظر المادة ٧٩٩ مدنى).

٣ – يجب على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء. وقد جاء هذا الشرط فى المادة ١/٧٩٨ مدنى. فيشترط لكى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين أن يخطره قبل قيامه بالوفاء للدائن بعزمه على القيام به، سواء أراد الكفيل أن يقوم بالوفاء من تلقاء نفسه أو نتيجة مطالبة الدائن له. والحكمة من ذلك أنه قد يكون المدين قام بالوفاء بالدين من قبل، أو أنه يقوم بالوفاء بالدين مرة أخرى بعد وفاء الكفيل الذى

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٦٨ – عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٧٤.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١١٤.

لا يعلم به، أو أن يكون لديه دفوع متعلقة بشخصه أو متعلقة بالدين كان يستطيع أن يحصل نتيجة إبدائها على الحكم ببطلان الدين أو تقرير انقضائه ففى كل هذه الأحوال المدين لايفيد من الوفاء الحاصل من الكفيل نتيجة تقصير هذا الأخير فلا يحق له بالتالى الرجوع على المدين[1]. وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص، فيصح أن يكون رسمياً على يد محضر، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، ويصح أن يكون شفوياً على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار[2].

وعلى ذلك فإن عدم الإخطار الذى يحرم الكفيل من الرجوع على المدين هو الذى يترتب عليه ضرر لمدين. فإذا لم يحصل أى ضرر للمدين فإن للكفيل حق الرجوع ولو لم يخطره.

وإذا كان يقع على الكفيل التزام بإخطار المدين قبل الوفاء، فإن القيام بهذا الإخطار يولد التزاماً على عاتق المدين بالرد عليه فى الوقت المناسب (م ٢/٧٩٨ مدنى)، فيجب على المدين إذا ما أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء، أن يعترض على ذلك، إن كان لديه سبب من أسباب الاعتراض، كأن يكون وفى الدين، أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلان الدين أو إنقضائه، ويجب أن يصل اعتراض المدين هذا إلى الكفيل فى وقت مناسب يقدره القاضى[3]. فإذا قصر المدين فى ذلك ولم يعارض الكفيل فى الوفاء فى وقت مناسب أو معقول، حق للكفيل الرجوع على المدين ولو كان هذا الأخير قد وفى الإلتزام من قبل، أو أنه كان لديه سبب يقضى ببطلانه أو إنقضائه لأن كل ذلك راجع إلى تقصيره فى الرد على الكفيل فلا يلومن إلا نفسه[4]. ولا يوجد شكل خاص لهذا الاعتراض، كما هو الحال بالنسبة للإخطار[5].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٧٤ و ١٧٥.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٦٩ و ١٧٠ وخاصة (هامش ١).
(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٧٦ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٧١ و ١٧٣.
(٤) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١١٦.
(٥) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٧٢.

فإذا توافرت هذه الشروط، فما الذى يرجع به الكفيل على المدين؟ هذا هو ما يسمى بموضوع الدعوى الشخصية.

رابعا : موضوع الدعوي الشخصية:

وتحدد الفقرة الثانية والثالثة من المادة ٨٠٠ من التقنين المدنى موضوع الدعوى الشخصية بنصها على أنه : « ...... - ٢ - ويرجع (الكفيل) بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده. ٣-ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع».

ونخلص من هذه المادة بأن ما يرجع به الكفيل على المدين يشمل عدة عناصر يمكن بيانها على النحو التالى:

١ - أن ما يرجع به الكفيل على المدين هو كل المبالغ التى دفعها لإبراء ذمة مدينه. ويدخل فى هذه المبالغ أصل الدين وفوائده والمصروفات التى أنفقها الدائن لمطالبة المدين وقام الكفيل بدفعها.

٢ - الفوائد: وهى الفوائد القانونية عن كل المبالغ التى دفعها الكفيل من يوم الدفع (م ٣/٨٠٠)، أى دفع الكفيل الدين للدائن. ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدنى). ولكن المشرع قد أعطى الكفيل ما أعطاه للوكيل (م ٧١٠ مدنى) وللفضولى (م ١٩٥ مدنى) من حيث إحتساب الفوائد القانونية من وقت الدفع لا من وقت المطالبة القضائية.

٣ - ويرجع الكفيل كذلك بالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه من وقت إخباره للمدين بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده. من أمثلة ذلك المصروفات التى أنفقها الكفيل فى إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها، ومصروفات العرض الحقيقى والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك، والمصروفات التى يرجع عليه بها الدائن مثل المصروفات التى أنفقها

هذا الأخير، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء، وكل المصروفات التى تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه[1]. والكفيل لايرجع على المدين من هذه المصروفات إلا بالذى أنفقه من وقت إخباره للمدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده. والحكمة من ذلك أنه إذا أخطر الكفيل المدين بالإجراءات التى اتخذت ضده قد يكون لديه دفوع تحول دون مطالبة الدائن له وبالتالى للكفيل، وقد يقوم بالوفاء وبالتالى يتجنب المصروفات التى قد يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر. وعلى ذلك فإن كل المصاريف السابقة على إخطار المدين بالإجراءات التى اتخذت ضد الكفيل يتحملها الكفيل ولا يستطيع أن يرجع بها على المدين، أما ما يتلو الإخطار من مصروفات فإن الكفيل يستطيع أن يرجع بها على المدين. ويستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأولى، أى مصاريف رفع الدعوى أو التنبيه بالوفاء على الكفيل، حيث أن الكفيل لا يعلم بها إلا بعد حصولها وبالتالى لا يمكن الإخطار بها قبل ذلك. ولذلك يستطيع الكفيل بالرجوع بها على المدين ولو لم يخطره بها[2].

٤ – بالنسبة لما قد يستحق للكفيل من تعويضات، نتيجة للضرر الذى يصيبه من جراء الوفاء بالتزامه، فإنه من حيث المبدأ لا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بهذا التعويض بخلاف الحال بالنسبة للوكيل (م ٧١١ مدنى)، أو الفضولى (م ١٩٥ مدنى)، لأن هذه النصوص تعتبر استثناء على القواعد العامة[3]، ولم يأت المشرع بنص صريح يجيز ذلك بصدد الكفالة. وقد كانت المادة ١٥٣ مكرر فقرة ٤ من المشروع التمهيدى تجيز ذلك، وقد حذفت بعد ذلك من المشروع، وهذا يدل على أن المشرع أراد أن يترك الحكم فى هذه الحالة للقواعد العامة. وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالتعويضات إذا جاوز الضرر الذى أصابه من

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٦٣ ص ١٧٥.
(٢) انظر الحكم المماثل لذلك بصدد الكفالة غير المحددة: فى المادة ٧٨١ مدنى، وانظر أيضاً: السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٣ ص ١٧٥.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ – محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٣٤.

جراء الوفاء للدائن مقدار الفوائد القانونية المستحقة له. ولكن إذا كان الضرر الذى لحق الكفيل نتيجة سوء نية المدين وأثبت الكفيل ذلك، فإنه يستطيع أن يطالب المدين بتعويض تكميلى طبقاً للقواعد العامة (م ٢٣١ مدنى)(١).

- رجوع الكفيل في حالة الكفالة التي عقدت لمصلحة الدائن وحده أو بالرغم من اعتراض المدين:

فى هاتين الحالتين لا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة وإنما يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

- ويشترط للرجوع بهذه الدعوى ما يلى:

١ - أن يكون الكفيل قد وفى بالدين.

٢ - أن تعود على المدين منفعته من هذا الوفاء.

٣ - أن يحل أجل الدين.

- يتحدد مدى رجوع الكفيل على المدين بهذه الدعوى طبقاً للقواعد العامة.

* لا يرجع الكفيل على المدين فى هاتين الحالتين إلا بأقل القيمتين:

١ - قيمة ما وفاه هو للدائن.

٢ - قيمة الفائدة التى عادت من هذا الوفاء على المدين.

فإذا كانت قيمة الفائدة التى عادت على المدين من هذا الوفاء أقل مما وفاه الكفيل لوجود دفوع أو أسباب كان يستطيع بها المدين أن يدفع بها مطالبة الدائن إياه وأن يسقط عن نفسه بعض الدين (م ٣٢٤ مدنى) فإن

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ١١٨ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٧٥. وقارن: السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٣ ص ١٧٦ و ١٧٧ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٨٢ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٨٥ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٠١ ص ٢٦٨.

الكفيل لا يرجع إلا بقدر ما أفاده المدين بسبب الوفاء أى بالقدر الذى برئت به ذمته نتيجة للوفاء وحده.

* بخصوص الفوائد، لا يرجع الكفيل على المدين بهذه الدعوى إلا بالفوائد المستحقة عن المبالغ التى دفعها إلى الدائن من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة وخلافاً لما تخوله إياه دعوى الكفالة لوجود نص خاص بها.

* أما بخصوص التعويض عن الأضرار التى تجاوز قيمة الفوائد القانونية فإنه يجوز له المطالبه بتعويض تكميلى عن هذه الأضرار إذا أثبت أن المدين قد تسبب فيها بسوء نية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٣١ مدنى) وفى ذلك لا تختلف هذه الدعوى عن دعوى الكفالة فى هذا الصدد لعدم وجود نص خاص بدعوى الكفالة وخضوعها أيضاً للقواعد العامة.

المطلب الثاني

دعوي الحلول (١)

للكفيل الذى قام بالوفاء بالدين بجانب الدعوى الشخصية دعوى الحلول والتى تمكنه من «أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين». وهذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الوفاء مع الحلول والمنصوص عليها فى المادة ١/٣٢٦. وهذه المادة تقرر أنه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه ....». والكفيل ملزم بالوفاء بالدين عن المدين، وبالتالى فهو يدخل فى نطاق هذا النص. ومع ذلك فقد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً لهذا النص فى نطاق الكفالة

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى:

Ph. Simler, op. cit., No 551, p. 446 et s.

فى المادة ٧٩٩ مدنى، والتى تنص على أنه « إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين»[١].

ونخلص مما سبق أنه لدراسة دعوى الحلول يجب أن نعرض للكفلاء الذين يحق لهم مباشرة هذه الدعوى، ثم شروطها، وبعد ذلك أن نتعرف على موضوعها، ونختم دراسة هذا المطلب بمقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية:

أولاً : الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة الدعوى:

يستطيع أى كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، ويستوى أن تكون الكفالة حاصلة بعلم المدين أم بغير علمه أو حتى رغم معارضته، وذلك لأن الحلول أثر للوفاء، ولا أهمية لنوع الرابطة التى تربط الكفيل بالمدين[٢]. ويستوى أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين وحده[٣]. ولا يهم أن يكون الكفيل مأجوراً أو غير مأجور، متضامناً أو غير متضامن[٤].

ثانياً : شروط دعوى الحلول:

وإذا كان الحلول هو أثر للوفاء، فيشترط إذن أن يكون الكفيل قد قام فعلاً بالوفاء، ويجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل.

١ - يشترط لكى يحل الكفيل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين أن يكون وفى الدين فعلاً. ولكن مما تبغى الإشارة إليه هو أن كيفية الوفاء لاتهم،

---

(١) انظر السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٦ ص ١٨٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص ١٨٣ .

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٦٦ ص ١٨١ .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص ١٨٣ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٦ ص ١٨١ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ١٠٤ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ١٢٣ .

فقد يقضى الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو بتجديد الدين بتغيير الدين، أو قضى الدين بطريق المقاصة، وفى كل هذه الأحوال يحل الكفيل محل الدائن بمجرد إنقضاء الدين[1]. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضيه بسبب يقوم مقام الوفاء، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين ولا يحل الكفيل محل الدائن[2].

والكفيل لا يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين إلا بالقدر الذى دفعه. فإذا وفى الكفيل جزءاً من الدين، سواء كان ذلك الجزء هو كل ما ضمنه أم بعض الدين الذى ضمنه كله، فإن حلوله محل الدائن فى حقوقه لا يكون إلا بنسبة ما دفع. ولكن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملاً، سواء أكان ذلك من الكفيل وحده أو من الكفيل ومن غيره. وذلك لأن من قواعد الوفاء مع الحلول ألا يضار الدائن بحلول الموفى محله (م ١/٣٣٠ مدنى)[3]. وهذا أيضاً ما قررته المادة ٧٩٩ بنصها على أنه «إذا لم يوف (الكفيل) إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفه إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من المدين». والحكمة من ذلك، أنه إذا سمحنا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن حقه كاملاً، فإن هذا الأخير قد يضار بهذا الرجوع وذلك نتيجة لما قد ينشأ من مزاحمة الكفيل له فى رجوعه بالباقى من دينه قبل المدين.

ولكن الحكم الذى تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن، ولا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز الإتفاق على خلافه بأن يسمح للكفيل بالرجوع بدعوى الحلول حتى ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملاً[4].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص ٨٣ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٨٤.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٨٤.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص ١٨٣.

(٤) انظر م: ٣٣٠ مدنى - وانظر أيضاً: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص ١٨٤ و ١٨٥ هامش (٢) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٧٧ و ٧٨ - وانظر فى تفصيل ذلك: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٩٠ و ١٩١.

٢ – يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله. وعلى ذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن قبل حلول الأجل الأصلى فإنه لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول على المدين إلا عند حلول هذا الأجل. وقديتعرض الكفيل فى هذه الحالة إلى فقد حقه فى الرجوع بهذه الدعوى «إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلاً، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين[1].

ثالثاً: موضوع دعوى الحلول:

وكما يستفاد من اسمها، فإن الكفيل يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٧٩٩ مدنى بقولها أنه: «إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين...». وبالرجوع إلى القواعد العامة فى الوفاء مع الحلول نجد أن المادة ٣٢٩ مدنى قد نصت على أن: «من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن».

ونخلص من هذه النصوص أن موضوع دعوى الحلول يكون على النحو التالى:

١ – أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص وبما يلحقه من توابع. فإذا كان حق الدائن تجارياً فإن الكفيل يحل محله فى هذا الحق بهذه الصفة. وعلى ذلك فإن الكفيل يستفيد من هذه الصفة فى الرجوع على المدين، وهذه الفائدة تظهر بوضوح فيما يتعلق بالأحكام الخاصة والتى تتعلق بالاختصاص والإثبات والفوائد. وإذا كان حق الدائن يسقط بنوع معين من التقادم، سرى هذا التقادم فى مواجهة الكفيل، ويحتسب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥ ص ٥٤٤ و ٥٤٥ – وانظر أيضاً: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٨٤.

بالإضافة إلى ذلك المدة التى سبق سريانها في مواجهة المدين. وإذا كان حق الدائن بسند تنفيذى، كأن يكون ثابتاً بحكم أو بعقد رسمى، فإنه يحق للكفيل أن يستعمل هذا السند التنفيذى ضد المدين، ويستطيع الكفيل أيضاً أن يحل محل الدائن فى الإجراءات القضائية التى يباشرها الدائن فى مواجهة المدين بالحالة التى وجدها عليها دون حاجة إلى تجديدها[١]. ومن ناحية توابع الحق فإنه إذا كان هناك شرط جزائى استفاد الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن[٢]. وإذا كان الدين منتجاً لفوائد معينة وبسعر معين فى الكفيل يستفيد من هذه الفوائد بالسعر المتفق عليه. وإذا لم يكن أصل الدين منتجاً لفوائد فلا يحق للكفيل أن يطالب بها إلا من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٢٦ مدنى).

٢ – وأن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما يكفله من تأمينات. وعلى هذا فإن جميع التأمينات التى كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل إلى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفع على المدين. والعبرة هنا بالتأمينات الموجودة وقت قيام الكفيل بالوفاء، وبالحالة التى كانت عليها وقت هذا الوفاء. فالرهن ينتقل بمرتبته، ولا يحتاج الكفيل إلى إتفاق خاص مع الدائن لإحلاله محله فى هذه التأمينات. ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبته إضراراً بحق الكفيل الذى حل محله فى هذا الرهن[٣]. ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الإتفاق أو القضاء أو القانون. فعلى ذلك فإن الكفيل يحل محل الدائن فى الرهن الرسمى والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الإمتياز. ويستوى أن تكون هذه التأمينات عينية أو شخصية. وسوف نرى كيف يرجع الكفيل على الكفلاء الآخرين وكذلك كيف يرجع على المدينين فى حالة تعددهم مع تضامنهم.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٨٧.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٨٧.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٨٧.

٣ - أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه، بما يرد على هذا الحق من دفوع. وعلى ذلك فإن المدين يستطيع أن يحتج فى مواجهة الكفيل بكل الدفوع التى كانت له قبل المدين. فإذا كان دين الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الإنقضاء فإن المدين يستطيع أن يدفع بذلك فى مواجهة الكفيل. وإذا كان حق الدائن مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع فى مواجهة الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن.

مقارنة بين الدعوي الشخصية ودعوي الحلول:

يتضح مما سبق أن أمام الكفيل، إذا ما قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن، طريقين للرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول. وقد تبين لنا من خلال العرض السابق لكل من الدعويين الفارق بينهما، ولكن يحسن بنا أن نجمل هذه الفوارق فيما يلى:

(أ) فيما يتعلق بالكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بكل من الدعويين:

نجد أنه بالنسبة لدعوى الحلول يستطيع كل الكفلاء الرجوع على المدين بهذه الدعوى، لأن الحلول أثر للوفاء، ويستوى أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بغير علمه أو برغم معارضته، ويستوى أن تكون الكفالة تمت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن وحده. أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفلاء الذين لهم الحق بالرجوع على المدين لهذه الدعوى يشترط بشأنهم أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين ودون معارضة منه، أو بغير علمه. وأن تكون الكفالة قد تمت لصالح المدين أو لصالح المدين والدائن معاً. وعلى ذلك فإن الكفيل الذى يكون كفالته قد تمت رغم معارضته المدين، أو تمت لصالح الدائن وحده ودون أن يراعى فيها صالح المدين لا يستطيع الرجوع بالدعوى الشخصية وإنما يستطيع الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب على النحو السابق بيانه.

(ب) فيما يتعلق بشروط كل من الدعويين:

فإن هناك شروط يجب توافرها فى كل من الدعويين. ومن هذه الشروط

ضرورة وفاء الكفيل بالدين المكفول للدائن وأن يكون هذا الوفاء قد تم عند حلول الأجل الأصلي. ولكن وجه الاختلاف هو أنه بالنسبة للدعوى الشخصية لايشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملاً. وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع الرجوع بهذه الدعوى ولو كان الوفاء جزئياً، وله فى هذه الحالة أن يزاحم الدائن عند رجوعه على المدين بباقى الدين، ويتساوى معه فى استيفاء حقه من المدين، ما لم يكن هناك سبب خاص لإمتياز الدائن.

أما بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا إذا استوفى الدائن حقه كاملاً. كما لا يشترط بالنسبة لدعوى الحلول إخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء. ولكن يستطيع المدين دائماً أن يدفع فى مواجهة الكفيل بكل الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة أو إنقضاء الدين والتى كانت ثابتة له فى مواجهة الدائن. ولكن لا يجوز للمدين ذلك إذا كان رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية وكان الكفيل قد أخطره بعزمه على الوفاء ولم يبد اعتراضاً على ذلك فى وقت معقول.

(جـ) بالنسبة لموضوع كل من الدعويين:

بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل يحل محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين. وأن الكفيل يحل محله فى حقه بما لهذا الحق من صفات وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع. فقد يستفيد من هذه الصفات كأن يكون الدين تجارياً أو ثابتاً فى سند رسمى. وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم، أو تكون المدة التى سرت فى مواجهة الدائن مدة طويلة بحيث لم يبق للكفيل إلا مدة قصيرة وينقضى بعدها الدين.

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت الوفاء بالدين للدائن، لأن من هذا التاريخ فقط ينشأ حق الكفيل.

وبالنسبة للفوائد فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع بها على المدين بدعوى الحلول، إلا إذا كان الدين منتجاً لها، فإن لم يكن فإنه ليس له حق إلا فى الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م٢٢٦ مدنى).

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفيل يستحق الفوائد القانونية على كل ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع وذلك خلافاً للقواعد العامة.

أما بالنسبة للتأمينات، فإن الكفيل يستفيد منها فى حالة رجوعه بدعوى الحلول، لأنه يحل محل الدائن فى حقه ومما يكفله من تأمينات، أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فإن الكفيل لايستفيد من هذه التأمينات لأنه يرجع بدعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن.

وبالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفيل يرجع على المدين بكل ما أداه لإخلاء ذمته، وبالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن، وبالتعويض فى حالة ما إذا أصابه من ضرر من الوفاء نتيجة لسوء نية المدين.

المطلب الثالث

رجوع الكفيل وتعدد المدينين

كانت دراستنا السابقة مبنية على فرض بسيط، وهو أنه لا يوجد إلا مديناً واحداً، أن الرجوع لا يكون إلا فى مواجهة شخص واحد، ولكن قد يحدث أن يتعدد المدينون فى نفس الدين، وقد يكفلهم الكفيل جميعاً أو قد يكفل بعضهم. وفى كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين. ونعرض لهذه الفروض فيما يلى:

أولا : تعدد المدينين مع عدم تضامنهم:

إذا كان المدينون غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعاً ثم وفى بالدين، فإنه عند رجوعه عليهم، فإنه يرجع على كل مدين بقدر نصيبه فى الدين. وسواء كان هذا الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

أما إذا كان المدينون غير متضامنين، وقد كفل الكفيل بعضهم فقط، فإنه لا يرجع إلا على من كفله منهم وفى حدود نصيبه فى الدين. ولا يجوز له الرجوع على غير هذا المدين ما لم يكن قد دفع ما يزيد عن نصيب المدينين الذين كفلهم وترتب على ذلك براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم، فإنه يكون له حق الرجوع على هؤلاء المدينين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة (م ٣٢٤ مدنى).

ثانياً: تعدد المدينين وتضامنهم:

وهذا هو الفرض الذى تعرضت له المادة ٨٠١ مدنى بنصها على أنه: «إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين، فللكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين» (م ٢٠٣٠ مدنى فرنسى).

وعلى ذلك فإذا كان هناك مدينون متضامنون فى دين واحد وضمنهم الكفيل جميعاً، وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فإنه يرجع على أى من المدينين المتضامنين، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية، إذا توافرت شروطها، فإنه يرجع بما وفاه للدائن، أى بكل الدين على أى من المدينين المتضامنين، وذلك طبقاً لقواعد التضامن فيما بين المدينين. ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصروفات وتعويض .... وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذى وفاه حقه، وبما لهذا الحق من أوصاف. فإذا كان الدائن يستطيع أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين فإنه يحق ذلك أيضاً للكفيل لأنه يحل محل الدائن فى حقه قبل المدينين المتضامنين.

- **أما إذا كان المدينون متضامنين ولكن الكفيل تقدم ليضمن بعضهم وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن**، فإنه لا يستطيع أن يرجع إلا على المدينين الذين كفلهم، ويمكنه أن يرجع على أى مدين منهم بكل الدين الذى

وفاه، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. ولكن لنا أن نتساءل هل يجوز للكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم؟ وإذا كان يجوز له ذلك، فبأى دعوى وفى أى حدود يمكن أن يرجع عليهم؟

طبقاً للقواعد العامة يستطيع الكفيل، بعد قيامه بالوفاء بالدين. أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى مدينه الذى ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة، وهو يرجع عليهم فى هذه الحالة بحصة المدين الذى يرجع عليه ونصيب هذا الأخير فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، وذلك طبقاً لقواعد التضامن وله أيضاً أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب. ولكنه لم يرجع فى هذه الدعوى إلا بقدر إثراء هذا المدين والذى لم يستفد إلا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين. ويستطيع المدين المتضامن الذى يرجع عليه أن يحتج فى مواجهته بالدفوع التى كان يمكن أن يحتج بها على المدين المتضامن الذى ضمنه الكفيل، كما لو برئت ذمة المدين المتضامن الذى يرجع عليه الكفيل[١].

ولكن لايستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذى لم يكفله بدعوى الكفالة، أى بالدعوى الشخصية، لأن هذه الدعوى خاصة بالعلاقة فيما بين الكفيل والمدين الذى كفله.

ولكن هل يجوز لهذا الكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الحلول محل الدائن. وما مدى هذا الرجوع؟

من المستقر عليه اليوم فقهاً وقضاء أن للكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين والذين لم يكفلهم بدعوى الحلول محل الدائن. وذلك لأن الكفيل عندما قام بالوفاء بالدين قد حل محل الدائن طبقاً لنص المادتين ٣٢٦ و ٧٩٩ مدنى، وهو يرجع بنفس حق الدائن وبما يلحقه من ضمانات، ومن بين هذه الضمانات التضامن بين المدينين – ولذلك يجوز له أن يستفيد

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٧٢ ص ١٩٦.

من ذلك ويرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بالدين كله ولو لم يكن كفل هذا المدين[1].

وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ويطالبه بدعوى الحلول بالدين كله وليس بقدر نصيبه فقط[2].

المبحث الثالث

العلاقة فيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء

إذا ما قام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين فإنه يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وقد يكون له أيضاً الرجوع على غيره من الكفلاء وذلك فى حالة تعددهم. وتختلف أحكام هذا الرجوع عن رجوع الكفيل على المدين، وخاصة من ناحية الدعوى التى يرجع بها على غيره من الكفلاء، فإنه لا يحق للكفيل أن يرجع على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية. لأن هذه الدعوى مقررة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين فقط. ولكن يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة. كما أن مدى الرجوع لهذا الكفيل على غيره من الكفلاء، يختلف فيما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين أم غير متضامنين.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص ١٩٧ وما بعدها - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٩٨ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١١٢ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٢٨ ص ١٤٣ و ١٤٤ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٢٥ و ١٢٦ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٣ و ٨٤ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٨٧ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٣٩.

(٢) انظر عكس ذلك :

- محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ١٦١.
- محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ٨٨.

أولا : تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم:

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد، أو بعقود متتالية واحتفظ كل منهم بحق التقسيم، فالأصل أن الدين ينقسم بينهم. ولا يلتزم كل منهم إلا بنصيبه من الدين، وأن إعسار أحدهم لا يتحمله غيره من الكفلاء، وإنما الدائن هو الذى يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم. وفى هذه الحالة قد اتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون[1].

وإذا وفى أحد هؤلاء الكفلاء بنصيبه، فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشئ. ولكن إذا ما وفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك، فإنه لا يكون له الحق فى الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب وذلك طبقاً للقواعد العامة. ويتحدد مدى هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين، لأن هذا هو القدر الذى أثرى به، ولا يستطيع الكفيل الموفى أن يطالب الآخرين بنصيبهم فى حصة المعسر منهم إن وجد، ولكن الذى يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الموفى.

وفى هذه الحالة لا يكون للكفيل الحق فى الرجوع إلا بدعوى الإثراء بل سبب طبقاً للقواعد العامة، وبالتالى لا يكون له الحق فى الدعوى الشخصية لأنها مقررة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين. كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزم بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن فى الرجوع عليهم (م ٣٢٦ مدنى).

ثانيا: تعدد الكفلاء مع التزام كل منهم بالدين كله:

وهذه الحالة تشمل فرضين، الأول أن يتعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونوا متضامنين، والثانى أن يكون هناك كفلاء قد التزموا بعقود متوالية ولم يحتفظ أى منهم لنفسه بحق التقسيم. فيكون كل واحد منهم مسئولاً عن الدين كله (م ٧٩٢ مدنى) أى يكون الكفلاء مسئولين بالتضامم.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٦ ص ٢٠١.

وعلى ذلك، فإنه فى الفرض الأول وطبقاً للقواعد العامة، يكون للكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء، إذا وفى الدين كله أن يرجع على أى منهم بدعوى الإثراء بلا سبب. ولما كانت هذه الدعوى لا تعطى هذا الكفيل حقاً فى الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بقدر ما أثرى به، والكفيل لا يثرى إلا بقدر ما برئت ذمته فى مواجهة الدائن نتيجة لهذا الوفاء. ولما كانت ذمة أى كفيل متضامن لا تبرأ، فى علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامنين، إلا بقدر نصيبه وحصته فى نصيب المعسر من الكفلاء المتضامنين، فعلى ذلك يكون للكفيل الذى أوفى الدين كله أن يرجع على أى منهم بهذا القدر بشرط أن يكون قد ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الكفيل الذى يرجع عليه. فإذا كان التزام هذا الكفيل قد انقضى من قبل لأى سبب من أسباب الإنقضاء كالتقادم أو الإبراء من الكفالة، فإنه لا يكون للكفيل الذى وفى بالدين كله الرجوع على هذا الكفيل بأى شئ.

ويكون أيضاً للكفيل المتضامن الذى وفى بالدين كله أن يرجع على أى من الكفلاء المتضامنين بمقتضى دعوى الحلول. وحيث أن الكفيل المتضامن والذى وفى الدين كله يحل محل الدائن فى الرجوع على غيره من الكفلاء المتضامنين، وبالتالى يحق له، طبقاً لمنطق هذه الدعوى، أن يرجع على أى منهم بالدين كله. ولكن التسليم بهذا المنطق سوف يؤدى إلى الوقوع فى حلقة مفرغة، لأن إذا ما رجع هذا الكفيل بالدين كله على أحد الكفلاء المتضامنين، فإن لهذا الأخير أن يرجع أيضاً على أى من الكفلاء المتضامنين ليطالبه بالدين كله. وهكذا يستمر الأمر دون أن يقف عند حد. ولكن إذا نظرنا إلى حقيقة الوضع سوف نجد أن الكفلاء المتضامنين متساوين فى المسئولية فى مواجهة الدائن، لكن فى العلاقة فيما بينهم فإن الذى يوفى بالدين كله ليس له أن يرجع على غيره من الكفلاء المتضامنين معه إلا بنصيببه فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم كما يقضى بذلك منطق التضامن وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٩٧ مدنى والخاصة بالمدينين المتضامنين بقوله أنه:

١ – «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٢ – «وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين المتضامنين حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

وقد بينت المادة ٢٩٨ مدنى مسئولية المدينين المتضامنين عن حصة المدين المعسرمنهم بقولها: «إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

وقد جاء المشرع بحكم مماثل كذلك بصدد تعدد الكفلاء المتضامنين بنفس الدين والمتضامنين فيما بينهم فى المادة ٧٩٦ مدنى وذلك بنصه على أنه : «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم».

وتنطبق نفس هذه الأحكام على الفرض الثانى، والذى يتعلق بالتزام الكفلاء بعقود متوالية مع عدم احتفاظ أى منهم لنفسه بحق التقسيم وذلك لاتحاد العلة فى الحالتين. وعلى ذلك فإنه يكون للكفيل المتضامم الذى وفى بالدين كله أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب، وذلك بقدر ما أثرى، وهو القدر الذى برئت به ذمته فى مواجهة الدائن. وهذا القدر يكون حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم. ويكون له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول وذلك بنفس القدر شأنه فى ذلك شأن الكفيل المتضامن[1].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٢٨ ص ٢٠٤.
- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٧.
- وقارن : السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٧ ص ٢٠٢ و ٢٠٣ – ومحمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٧٠ ص ٢١٤٠ حيث يعتقدان أن هذه الحالة ليست إلا تطبيقاً لفكرة المسئولية على سبيل التضامم. وانظر الفارق بين التضامن والتضامم: السنهورى، نفس المرجع السابق، وبصفة خاصة ص ٢٠٣. ومؤلفنا فى التضامم، مبدأ عدم إفتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٧.



الفصل الرابع

إنقضاء الكفالة

قد سبق أن رأينا أن الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلى، إذ هى تقوم على ضمان الوفاء به. وعلى ذلك فهى تتبع هذا الإلتزام فى الوجود والإنقضاء والصحة والبطلان. ولذلك تنقضى بإنقضاء الإلتزام الأصلى. كما أن هناك أسباب أخرى تؤدى إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام الأصلى. وندرس فيما يلى أسباب إنقضاء الكفالة.

المبحث الأول

إنقضاء الكفالة بالتبعية لإنقضاء الإلتزام الأصلي

وهذا المبحث ليس إلا تطبيقاً للمبادئ العامة، حيث أن الإلتزام المكفول ينقضى بسبب من أسباب الإنقضاء العامة الواردة فى التقنين المدنى. وحيث أنه إذا انقضى الإلتزام الأصلى المكفول الذى يرتكز عليه التزام الكفيل فيجب أن ينقضى هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، وأن التابع يتبع المتبوع. وهذا نتيجة حتمية لطبيعة التزام الكفيل حيث أن محل هذا الالتزام هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلى، فإذا انقضى هذا الأخير، أصبح التزام الكفيل بغير محل، ومن ثم ينقضى بدوره[1].

وقد أكد المشرع هذا المعنى فى نص المادة ٧٨٢/١ بقوله: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين». وسوف نعرض لأسباب إنقضاء الإلتزام المكفول بنفس الطريقة التى عرض لها المشرع فى التقنين المدنى بصدد إنقضاء الإلتزام. فندرس فى مطلب أول إنقضاء الإلتزام الأصلى بالوفاء، وفى مطلب ثان إنقضاء الإلتزام الأصلى بما يعادل الوفاء، وهنا نعرض للوفاء بمقابل، والتجديد والإنابة، والمقاصة ثم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٣٤ ص ٢١٣.

أخيراً اتحاد الذمة، وفى المطلب الثالث ندرس فيه إنقضاء الالتزام الأصلى دون وفاء، وندرس هنا الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم.

المطلب الأول

إنقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

أول ما يمكن أن نتوقعه هنا هو أن يقوم المدين الأصلى بالوفاء بالدين، فيقضى التزامه الأصلى وينقضى تبعاً لذلك التزام الكفيل. وإذا حدث أن أوفى المدين بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا يكون إلا فى هذه الحدود، أى بمقدار ما وفاه المدين. لكن يجب فى جميع الأحوال أن يكون وفاء المدين للدين الأصلى صحيحاً، بأن يكون الموفى مالكاً للشئ الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف. على أنه إذا كان الوفاء بالشئ المستحق قد تم ممن ليس أهلاً للتصرف فيه، فإن الالتزام مع ذلك ينقضى بهذا الوفاء إذا لم يلحق هذا الوفاء ضرراً بالموفى (م ٣٢٥ مدنى).

وعلى ذلك فإذا كان الوفاء باطلاً، كأن صدر من شخص غير ذى أهلية للتصرف فى الشئ الموفى به أو لحق الموفى ضرر من جراء وفائه فى حالة ما إذا كان ليس أهلاً للتصرف فى الشئ المستحق، فإنه لا يترتب على ذلك إنقضاء الالتزام الأصلى وبالتالى يبقى هذا الالتزام مضموناً بتأميناته ومنها بطبيعة الحالة الكفالة.

وطبقاً للقواعد العامة فإن العرض الحقيقى يقوم بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء بشرط أن يتلوه إيداع الدين أو أى إجراء يماثله، وأن يقبل الدائن ذلك أو يصدر حكم نهائى بصحته (م ٣٣٩ مدنى).

فإذا ما توافرت هذه الشروط فإنه يترتب على العرض الحقيقى براءة ذمة المدين وبالتالى تبرأ ذمة الكفيل بالتبعية لذلك. ومع ذلك قد أجاز المشرع للمدين أن يرجع فى هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته. فإذا حدث ذلك فإنه لا تبرأ ذمة المدين وبالتالى تبقى الكفالة قائمة لضمان هذا الدين كما كانت من قبل (م ١/٣٤٠ مدنى). ولكن

من المتصور أن يرجع المدين في العرض الحقيقي بعد قبول الدائن له أو بعد صدور حكم بصحته، ففي هذه الحالة فإن الأمر يتوقف على قبول الدائن لهذا الرجوع. فإذا ما قبل ذلك، فإن هذا الدائن لا يحق له أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ بالتالي ذمة الضامنين، ومن بين هؤلاء بطبيعة الحال الكفيل، فتبرأ ذمته (م ٢/٣٤٠ مدنى)[1] .

على أنه قد يحدث أن يكون هناك وفاء بالدين المكفول ومع ذلك لا ينقضى هذا الدين، ويبقى التزام الكفيل قائماً منتجاً لآثاره، وذلك في حالة ما إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن وكان لهذا الغير حق الحلول محل الدائن، إتفاقاً أو قانوناً، وذلك طبقاً لقواعد الحلول التى تقضى بأن من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع...» (م ٣٢٩ مدنى) . وينطبق نفس هذا الحكم في حالة حوالة الحق، لأنه لا يترتب على هذه الحوالة إنقضاء الحق، ولكن انتقاله من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد، هو المحال إليه، ومن ثم يبقى الكفيل ضامناً للوفاء به في مواجهة هذا الأخير (م ٣٠٧ مدنى) . ولكن في حالة حوالة الدين بالرغم من عدم إنقضاء الدين بهذه الحوالة، فإن الكفالة لا تبقى قائمة، لأنه ترتب عليها تغيير شخص المدين، ما لم يرتضى الكفيل ذلك (م ٣٢٨) . حيث أن الكفالة قوامها الثقة الموجودة بين الكفيل والمدين الأصلى، فإذا ما تغير هذا المدين يجب أن يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل ما لم يرض بالحوالة.

وإذا تعددت الديون التى للدائن في ذمة المدين، وكانت من جنس واحد، النقود مثلاً، وقد كان الكفيل قد قام على ضمان بعضها، وكان وفاء المدين غير كاف للوفاء بها، فإن القاعدة العامة تقضى بأن المدين هو الذى يعين الدين الذى يريد الوفاء به، سواء أكان الدين المكفول أو غيره (م ٣٤٤ مدنى) . فإذا لم يعين المدين الدين، فإن الخصم يكون من حساب الدين الذى حل، سواء أكان هو الدين المكفول أم غيره . فإذا تعددت الديون الحالة، وكان

(١) انظر مؤلفنا في أحكام الالتزام السابق الإشارة إليه ص ٣٧٥ .

الدين المكفول منها، فإن الخصم يكون من حساب الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدنى)، أى الدين المكفول، حيث أن هذا الدين هو أكثر هذه الديون كلفة على المدين[1].

وإذا كانت الكفالة محددة، بأن قام الكفيل بضمان جزء فقط من دين المدين، وقام المدين بوفاء جزء من الدين وقبل الدائن ذلك، فإنه يجب فى تقديرنا أن يستنزل هذا الجزء المدفوع من جانب المدين من الجزء المضمون بالكفالة، على أساس أن هذا الدين أكثر كلفة على المدين، كما أنه إذا كان هناك شك فى بيان كيفية استنزال المدفوع فيجب أن نفسر هذا الشك لمصلحة الكفيل[2].

المطلب الثاني

إنقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

وهنا نجد أن التقنين المدنى قد عرض لأربع أسباب لإنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، والمقاصة، واتحاد الذمة.

أولاً : الوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل يفترض أن المدين قد قدم للدائن عوضاً عن محل الدين الأصلى، وأن هذا الدائن قد قبل هذا العرض كمقابل للشئ المستحق، فإن ذلك يقوم مقام الوفاء وينقضى به الدين (م ٣٥٠ مدنى).

وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية شئ إلى الدائن كمقابل للدين الذى يلتزم به فى مواجهته، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلى، وتبرأ بالتالى ذمة الكفيل وينقضى التزامه بطريق تبعى. وتسرى

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية، جزء ٢ ص ٥٨٨. وعبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق. فقرة ١٣٥ ص ٢١٥ و ٢١٦. - وسمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ١٠٢.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك:
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٣٥ ص ٢١٦.
- وانظر أيضاً : سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ١٠٢.

فى هذه الحالة أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع أو إنقضاء التأمينات (م ٣٥١ مدنى).

وعلى ذلك فإن الوفاء بمقابل يعتبر تجديداً ووفاء فى نفس الوقت، ففى الوقت الذى قبل فيه الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشئ المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله، ويترتب على ذلك إنقضائه وإنقضاء تأميناته تبعاً لذلك، ومن بينها بطبيعة الحال الكفالة، وينشأ دين جديد ينقضى فى نفس الوقت بنقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابل الدين. وتسرى فى هذه الحالة أحكام البيع السابق الإشارة إليها وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين (م ٣٥٠ مدنى).

إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بسبب عيب فى الرضا أو نقص فى الأهلية وحكم بإبطاله، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائماً، وتبقى أيضاً الكفالة ضامنة له. لكن فى حالة استحقاق المقابل، فإن الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الاستحقاق، ولكنه لايستطيع أن يرجع على الكفيل بشئ، حيث أن ذمته قد برئت نهائياً بالوفاء بمقابل الذى تم صحيحاً، هذا ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلى قد أعطى هذا المقابل للدائن[1]، فإنه فى هذه الحالة لايستطيع أن يجمع بين براءة ذمته واسترداده المقابل فى نفس الوقت - هذا المقابل الذى كان سبباً فى براءة ذمته.

والغالب أن المدين هو الذى يقدم شيئاً مملوكاً له فى مقابل الدين. أما إذا كان الذى قدم المقابل هو الكفيل، واستحق المقابل، لم تبرأ ذمة هذا الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق. وذلك طبقاً للقواعد العامة.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٦ ص ٢١٨ - عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٣٦ ص ٢١٨ وما بعدها.

أما فى حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) المقابل نقداً ، فإنه فى هذه الحالة ينقضى الدين الأصلى وأيضاً تنقضى الكفالة ، ولو استحق المقابل المدفوع من المدين أو من الغير ، فإن الكفالة لا تعود لأن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق وهذا ما قصدته المادة ٧٨٣ مدنى بنصها أنه «إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ»(١) .

ثانياً : التجديد والإنابة:

يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى وتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدنى) . ويترتب على إنقضاء الالتزام القديم بالتحديد إنقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به ، فهذه التأمينات لاتنتقل إلى الإلتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إذا تبين من الإتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م ٢/٣٥٦ مدنى) . ومع ذلك فإنه «لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون (م ٣٥٨ مدنى) .

ويتبين لنا مما سبق أن تجديد الإلتزام الأصلى المكفول يؤدى إلى إنقضائه ونشوء التزام جديد مكانه وينقضى تبعاً لذلك الكفالة التى كانت ضامنة له ما لم يرض الكفيل بضمان الالتزام الجديد(٢) . وينقضى الدين المكفول بالتجديد ، إذا جدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ، أو بتغيير الدين فى محله أو مصدره (م ٣٥٢) .

ولكى يرتب التجديد آثاره ، من بينها إنقضاء الكفالة ، فإنه يجب أن يستجمع عناصر صحته . فيجب أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام

(١) انظر فى تفصيل ذلك : السنهورى ، المرجع السابق ، جزء ١٠ ، فقرة ٨٦ ص ٢١٩ - عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٦ ص ٢١٨ وما بعدها .

(2) MAZEAUD, op. cit., No. 22, p. 28

الجديد قد خلا من أسباب البطلان (م ١/٣٥٣ مدنى)، كما أنه يجب أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لايفترض (م ١/٣٥٤) . وعلى ذلك لايستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضى بغيره (م ٢/٣٥٤ مدنى).

والإنابة التى يترتب عليها إنقضاء الالتزام المكفول هى الإنابة الكاملة. والتى يتفق فيها على أن ينقضى التزام المدين (وهو المنيب) ليحل محله التزام جديد (وهو المناب) فى مواجهة الدائن (وهو المناب لديه)، ففى هذه الحالة تكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً ولا يكون معسراً وقت الإنابة (م ١/٣٦٠) . وكما سبق أن رأينا أنه يترتب على ذلك إنقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام، ومن بينها الكفالة، فتبرأ ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن، ما لم يرد كفالة المدين الجديد. والأصل فى الإنابة أنها لا تتضمن تجديداً للالتزام وبالتالى لا يترتب عليها إنقضائه، وتبقى بذلك التأمينات قائمة على ضمانه، ومن بينها الكفالة، وهذه تسمى بالإنابة الناقصة، حيث يقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب، ويصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد. وفى الإنابة الناقصة لا يستطيع المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع يحق له أن يتمسك به فى مواجهة المنيب. وقد نصت المادة ٣٦١ على ذلك بقولها: «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك».

ثالثاً: المقاصة:

إذا أصبح المدين المكفول، دائناً للدائن، وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها فى المادة ٣٦٢ مدنى، انقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذى ترتب فى ذمة الدائن، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضى من الالتزام المكفول. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها (م ١/٣٦٥) وعلى ذلك إذا تمسك بها المدين صاحب المصلحة فى ذلك فإنها ترتب أثرها منذ الوقت الذى يصبح فيه الالتزامان صالحين للمقاصة (م ٢/٣٦٥ مدنى). والكفيل أيضاً يعتبر صاحب مصلحة فى إنقضاء الدين الأصلى بالمقاصة حيث أنه يترتب على ذلك إنقضاء التزامه وبراءة ذمته فى مواجهة الدائن فإنه يستطيع أن يتمسك بإنقضاء الدين الأصلى بالمقاصة، حتى ولو كان متضامناً، حتى ولو لم يتمسك بها المدين، أو تنازل عنها. وذلك لأن المادة ١/٣٦٥ تجيز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالمقاصة. والكفيل ذو مصلحة واضحة فى ذلك. كما أن الحق فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وبطبيعة الحال من بين هذه الأوجه المقاصة.

رابعاً: اتحاد الذمة:

ينقضى الالتزام إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة. كأن يرث المدين الدائن، أو أن يوصى الدائن لمدينه بالدين، فإن فى هذه الأحوال ينقضى الدين لاتحاد الذمة (م ١/٣٧٠ مدنى). ويترتب على إنقضاء الالتزام الأصلى المكفول باتحاد الذمة إنقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

ولكن مما يجدر ذكره هنا أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سبباً من أسباب إنقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين. وعلى ذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود، وتعود بالتالى التأمينات التى تضمنه، فإذا كان من بينها

كفالة، فإن التزام الكفيل يعود أيضاً إلى الوجود، ويقوم على ضمان هذا الالتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق فى أن يرث الدائن، أو أن الوصية كانت باطلة.

المطلب الثالث

إنقضاء الإلتزام الأصلي دون وفاء

ينقضى الالتزام بدون وفاء فى ثلاثة حالات: الإبراء، استحالة التنفيذ، والتقادم.

أولا: الإبراء:

إذا أبرأ الدائن المدين من الدين، انقضى الالتزام (م ٣٧١) وينقضى بالتبعية كذلك التزام الكفيل. ويشترط ليرتب الإبراء آثاره أن يكون صحيحاً. فيجب أن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختاراً، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة من جانب الدائن، وعلى ذلك فإنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده (م ٣٧٣). كما أنه يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع (م ١/٣٧٢). ولكن لا يشترط فيه شكل خاص حتى ولو كان الالتزام موضوع الإبراء يشترط فيه توافر شكل معين بنص فى القانون أو بإتفاق الأطراف (م ٢/٣٧٢ مدنى).

وعلى ذلك فإنه إذا أبطل الإبراء، اعتبر كأن لم يكن، وعاد الدين إلى الوجود، وعادت معه كل التأمينات الضامنة له. فإذا كان من بين هذه التأمينات كفالة، عاد التزام الكفيل أيضاً إلى الوجود.

ولا يعتبر من قبيل الإبراء، الصلح الذى يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توافر نية التبرع للمدين، وإنما قصد الدائن من وراء ذلك إتقاء خطر إفلاس المدين والحصول على أى جزء من دينه. ويترتب على ذلك أن الكفيل يبقى ملتزماً بالوفاء بكل الدين

المكفول حتى ولو بالنسبة إلى الجزء الذى قد تم التصالح بشأنه (م ٧٦١ من القانون التجارى الجديد). ولكن بالنسبة للكفيل: إذا وفى للدائن الجزء الذى تصالح عليه هذا الأخير على تركة المفلس لا يجوز له الرجوع به على المدين، إذ لا يكون له قبله، بالنسبة لهذا الجزء إلا حق طبيعى[١].

ثانيا : استحالة التنفيذ:

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه (م ٣٧٣ مدنى). وعلى ذلك فإذا انقضى الالتزام المكفول لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبى، فإن الكفالة تنقضى بالتبعية لذلك، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلى.

وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين، فإنه يترتب على ذلك مسئولية المدين عن عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض، وبذلك لا تبرأ ذمة المدين، وبالتالى لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض[٢].

ثالثاً : التقادم:

إذا انقضى الالتزام الأصلى بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضى بالتبعية لذلك، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به. ويكون إنقضاء التزام الكفيل بالتبعية للالتزام الأصلى وليس إنقضاء بصفة أصلية، حيث أن مدة التقادم الخاصة لم تكتمل بعد. وللكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلى، ولو لم يتمسك به المدين (م ١/٣٨٧ مدنى). بل ولو تنازل عن التمسك بهذا الحق[٣].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ٢٢٥ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ٢٢٨ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٧.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص ٢٣٠.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص ٢٢٦ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ٢٣٢.

المبحث الثاني

إنقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى، وبالتالى فإنه يبقى ببقائه صحيحاً منتجاً لآثاره، وينقضى لانقضائه، إلا أن هذا الالتزام له مقوماته الخاصة وبالتالى شرائط صحة ووجود. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل يمكن أن يكون باطلاً أو صحيحاً، ويمكن أن ينقضى بأسباب الإنقضاء العامة شأنه مثل أى التزام. بجانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل تقتضى نوعاً من الحماية قد قررها المشرع واختص بها هذا الالتزام. ولذلك نعرض فى مطلب أول لإنقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الإنقضاء العامة، ثم فى مطلب ثان نعرض لأوجه الإنقضاء الخاصة بالكفالة.

المطلب الأول

إنقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الإنقضاء العامة

حيث أن التزام الكفيل له ما لغيره من خصائص، فإنه لذلك يمكن أن ينقضى بجميع الأسباب التى ينقضى بها الالتزامات عموماً. وقد أكد هذا الحكم القانون الفرنسى فى مادته ٢٠٣٤ بقوله : «الإلتزام الناتج عن الكفالة، ينقضى بنفس الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات الأخرى». أما المشرع المصرى لم ير مبرراً لوضع مثل هذا النص، حيث أن حكمه ليس إلا ترديداً وتأكيداً للمبادئ العامة. وتطبيقه لا يثير أدنى خلاف لا فى الفقه ولا فى القضاء.

وعلى ذلك فإن الكفالة تنقضى أولاً بالوفاء الحاصل من الكفيل، ويترتب على هذا الوفاء إنقضاء التزام الكفيل، وفى نفس الوقت إنقضاء الدين المكفول. كما أنه يكون إنقضاء التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، وذلك إذا قدم الكفيل شيئاً آخر مقابل للدين الأصلى وقبل الدائن ذلك. فهذا الوفاء بمقابل يؤدى أيضاً إلى إنقضاء التزام الكفيل وفى نفس الوقت الالتزام المكفول. لكن

إذا لم يوف الكفيل إلا بعض الدين. فلا تبرأ ذمته ولا ذمة مدينه إلا بالقدر الذى وفاه.

كما أن التزام الكفيل ينقضى إذا ما تم تجديد هذا الالتزام بتغيير الكفيل، كأن يحل كفيل آخر محله، أو أن يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر، كالرهن، أو أن يستبدل التزام الكفيل بالتزام أصلى أى أن يلتزم الكفيل على نفس درجة التزام المدين. وكل هذا يتم بالإتفاق بين الدائن والكفيل.

وتنقضى الكفالة كذلك بالمقاصة، إذا ما أصبح الكفيل دائناً للدائن، ولكن المقاصة لا تقع إلا إذا كان الدائن قد أتم الإجراءات وتخطى العقبات التى وضعها أمامه المشرع فى مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله. وذلك لأن التزام الكفيل فى هذه الحالة لا يكون مستحق الأداء أو صالحاً للمطالبة به قضاء، كما تشترط ذلك المادة ١/٣٦٢ مدنى. ومع ذلك فإن الكفيل يستطيع، دون الدائن، أن يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة، لأنه يملك التنازل عن حقه فى التمسك بالدفوع التى قررها المشرع لحمايته، وبالتالى يعتبر التزامه صالحاً للمقاصة. أما بالنسبة للمدين فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذه المقاصة. حيث أن ليس له أى مصلحة فى ذلك. لكن إذا ما وقعت المقاصة بين الدائن والكفيل، فإن الكفيل يكون له نفس الحقوق التى للدائن فى مواجهته، وسيرجع على المدين بالدين الذى وفاه، فيستوى لدى المدين أن يدفع الدين للدائن أو للكفيل، وبذلك لا يكون له أدنى مصلحة للتمسك بها. وقد كان القانون المدنى القديم ينص على ذلك صراحة فى المادة ٢٠٠/٢٦٤. ولكن إذا كان قانوننا الحالى لم يتضمن مثل هذا النص، فإن هذا ليس معناه أنه أراد العمل على خلاف حكمه، وإنما أراد أن يترك الأمر للقواعد العامة، وهى تؤدى بنا إلى نفس الحكم[1].

وتنقضى الكفالة باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن، كما إذا ورث أحدهما الآخر. ويترتب على ذلك إنقضاء التزام الكفيل فقط دون الالتزام المكفول.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ١٢٨ و ١٢٩.

ولذلك يستطيع من بقى منهما حياً وورث الآخر أن يطالب المدين. فإذا كان الدائن هو الذى ورث الكفيل فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين ولكن دون أن يكون هناك كفالة ضامنة له. وإذا كان الكفيل هو الذى ورث الدائن، فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين الأصلى كما كان يرجع الدائن قبل موته، ولكن الكفيل فى هذه الحالة انقضى التزامه لأنه ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه.

لكن من المتصور أن يرث الكفيل المدين، أو أن يرث المدين الكفيل، ففى هذه الحالة تتحد صفة الكفيل والمدين فى شخص واحد. ولا يتعلق الأمر هنا باتحاد ذمة بالمعنى القانونى، لأن هذا الاتحاد يفترض أنه يكون قد تم بين ذمة المدين وذمة الدائن. أما فى الفرض الذى نحن بصدده فإن هناك اتحاد فى صفة مدين أصلى ومدين تبعى فى شخص واحد. ولذلك فلا تنقضى الكفالة، ولكن صفة المدين الأصلى هى التى تجب صفة الكفيل، أو صفة المدين التبعى، فى علاقته مع الدائن، لكن دون أن تمتزج فيها أو تختلط بها، وبالتالى يفقد حقوقه ككفيل فى مواجهة الدائن، فلا يستطيع أن يدفع بالتقسيم أو بالتجريد، أو بإضاعة التأمينات. وحيث أن صفة الكفيل لاتزول، ولكنها تتوارى وراء صفة المدين الأصلى، فإنه يترتب على ذلك أن جميع التأمينات التى كانت تضمن التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الأصلى، كالتزام المصدق، أى كفيل الكفيل، والرهون التى كان الكفيل قد رتبها[1]. وعلى ذلك فإن الدائن يستطيع أن يرجع على كفيل الكفيل، فإذا وفى الأخير الدين كان له أن يرجع على المدين أو على الكفيل، من بقى منهما حياً وورث الآخر[2].

وتنقضى الكفالة أيضاً بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك فى بقاء الالتزام الأصلى. ولكن العكس

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٢٩.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص ٢٣٦.

غير صحيح بمعنى أنه إذا أبرأ الدائن المدين الأصلى فإن الكفالة تنقضى حتماً بالتبعية لإنقضاء الالتزام الأصلى. ولا يستطيع الدائن أن يستبقى الكفالة بعد إبرائه للمدين الأصلى من الالتزام المكفول.

لكن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدى إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء. وتجوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته إذا كانوا غير متضامنين أو مطالبة أى منهم بالدين بعد خصم حصة الكفيل الذى أبرئ إذا كان الكفلاء متضامنين[1].

وقد يبدو لأول وهلة أنه لا يمكن أن تنقضى الكفالة بالتقادم أو بمضى المدة بصفة أصلية. حيث أن الغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلى فى الوقت الذى يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل. ولذلك ينقضى الدينان بالتقادم فى آن واحد. ومع ذلك فإن طبقاً للقواعد العامة فى التقنين المدنى المصرى، وذلك بخلاف التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٢٥٠)، أنه من المتصور أن ينقضى التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على بقاء الالتزام المكفول، وهذا يحدث إذا ما انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل، ففى هذه الحالة فإن التزام الكفيل الذى استمر سريان التقادم بالنسبة إليه، ينقضى بتمام مدة التقادم، فى الوقت الذى يبقى فيه الالتزام الأصلى قائماً لأن التقادم بالنسبة إليه قد انقطع.

ومما يؤكد وجهة النظر هذه أن التقنين المدنى الفرنسى نص صراحة فى المادة ٢٢٥٠، على أن قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى، يقطع التقادم بالنسبة للكفيل. بينما لم يرد مثل هذا النص فى القانون المدنى القديم ولا فى التقنين المدنى الحالى. مما يدل على أن المشرع ترك الأمر للقواعد العامة. وحيث أن التزام الكفيل، رغم تبعيته للالتزام الأصلى، له مقوماته الذاتية، ولذلك يمكن أن ينقضى مستقلاً عن الالتزام الأصلى بكل سبب يمسه فى ذاته. وقد جاء أيضاً فى التقنين المدنى فى المادة ٢٩٢ بأنه:

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٧ ص ٢٣٧.

١ – «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين».

٢ – « وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين».

هذا يدل على أن سياسة المشرع فى صدد تعدد المدينين واتخاذ إجراءات شأنها أن تقطع التقادم بالنسبة لبعضهم، ألا تسرى فى مواجهة البعض الآخر. فإن تطبيق نفس الحكم فى الكفالة يكون من باب أولى، وبذلك يمكن القول فإن قطع التقادم أو وقف سريان مدته فى مواجهة المدين لا يقطعه أو يوقف سريانه مدته فى مواجهة الكفيل، ولو كان متضامناً، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل قد ينقضى بالتقادم مع بقاء الالتزام الأصلى قائماً(١).

ولكن إذا تقادم الدين المكفول الأصلى دون أن يتقادم الكفيل، كأن تتخذ إجراءات من شأنها قطع التقادم فى مواجهة الكفيل فقط، فإنها لا تسرى فى مواجهة المدين، حتى ولو اشترط التضامن بينهما، فإن التزام الكفيل ينقضى على ذلك، لا بصفة أصلية، ولكن بصفة تبعية لإنقضاء الالتزام الأصلى بالتقادم. وحيث أن التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يرتكز إلى التزام أصلى يقوم على ضمان الوفاء به(٢).

المطلب الثاني

أوجه الإنقضاء الخاصة بالكفالة

قد سبق أن رأينا أن طبيعة التزام الكفيل فرضت على المشرع أن يقرر له نوعاً من الحماية الخاصة به. فإذا كان المشرع قد حرم الكفيل – فى القانون الحالى – من الرجوع على المدين إلا إذا قام بالوفاء بالدين فعلاً، فلا أقل من أن يحميه من تقصير أو إهمال الدائن. وقد قرر المشرع جزاءً مناسباً لتقصير

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٣٠ – السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ٢٣٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٣٠.

المدين أو إهماله. وهو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من نتيجة هذا الإهمال أو هذا التقصير. وقد قرر المشرع ثلاث أسباب خاصة تنقضى بها الكفالة دون أن ينقضى الالتزام الأصلى.

١ – براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م٧٨٤مدنى).

٢ – براءة ذمة الكفيل لتأخير الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م٧٨٥ مدنى).

٣ – براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدنى).

ونبحث هذه الأسباب على التوالى:

أولاً : براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

فإذا كان هناك تأمينات أخرى تضمن الدين بجانب الكفالة، وقام الدائن بخطئه بإضاعة هذه التأمينات أو بعضها، ترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة هذا الخطأ. وقد نصت المادة ٧٨٤ مدنى على ذلك بقولها:

١ – « تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات».

٢ – «ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون».

ولدراسة هذا الوجه من الأوجه الخاصة لإنقضاء الكفالة، فإنا نعرض أولاً للكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم، ثم الأساس القانونى لهذا السبب من أسباب الإنقضاء الخاصة، ثالثاً ندرس الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل، وفى النهاية ندرس أثر إضاعة التأمينات.

(أ) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم:

من البديهى أن هذا الحق قاصر على الكفيل فقط، بحيث أن المدين

المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بإضاعة التأمينات طبقاً لحكم المادة ٧٨٤ مدنى. لأنه يلتزم التزاماً أصلياً بالدين كله. وحيث أنه فى التضامن تتعدد الروابط بتعدد المدينين، وبذلك تكون الرابطة بالدائن مستقلة عن الرابطة التى تربط المدينين المتضامنين بنفس الدائن. وكذلك لا يجوز لحائز العقار أن يتمسك بإضاعة التأمينات لأنه ليس كفيلاً، ولأنه لا يصح – كقاعدة عامة – أن تكون له من الحقوق أكثر ممن تلقى الحق عنه، وهو المدين(١).

نخلص مما سبق أن الكفيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بحكم المادة ٧٨٤ مدنى. ويكون لأى كفيل هذا الحق، سواء كان كفيلاً عادياً أو كفيلاً متضامناً، وسواء كان كفيلاً شخصياً أو كفيلاً عينياً(٢).

كما يستطيع أن يتمسك بهذا الحق الكفيل الذى نزل عن الدفع بالتجريد(٣).

(ب) الأساس القانوني لإنقضاء الكفالة بإضاعة التأمينات:

حيث أن الكفيل يغرم بالوفاء بالتزام غيره، فإنه يستطيع، كما سبق أن رأينا، أن يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين. وفى هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يستفيد بما لهذا الدين من ضمانات مقررة للدائن، لأنه يحل محله فى هذا الحق، بما له من خصائص، وبما يلحقه من توابع وما يضمنه من

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٢٣٣، وبصفة خاصة هامش ١ و ٢ – السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٤٢ و ٢٤٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٢٣٤ – السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٤٣ – محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠١ – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٢ – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٩٠ – أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٦٠ – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٨ – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٤٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٢٣٤.
– السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٤٢.

تأمينات. فإذا ما تسبب الدائن بخطئه أو بتقصيره فى إضاعة التأمينات الضامنة للدين والتى كان من الممكن أن يستفيد منها الكفيل عند رجوعه على المدين بحلوله محل الدائن فى حقه، وبالتالى قد تسبب ذلك فى ضرر للكفيل، فإن أنسب جزاء للدائن – وفى نفس الوقت خير تعويض لهذا الضرر الذى لحق بالكفيل – هو تقرير براءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات.

(جـ) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل:

وحتى تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لإضاعة التأمينات، يجب أن تتوافر عدة شروط. أولها: أن يكون التأمين الذى أضاعه الدائن تأميناً خاصاً، وثانى هذه الشروط: أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن، وثالثها: أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل. ونعرض لهذه الشروط على النحو التالى:

(١) يجب أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً:

قد نصت المادة ٢/٧٨٤ مدنى على ذلك صراحة بقولها بأنه:

«...... ٢ – **يقصد بالضمانات فى هذا المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين......**». وعلى ذلك فإنه يجب أن يستبعد من نطاق تطبيق هذا النص، ما قد يترتب على عمل الدائن من إضعاف للضمان العام. فالأصل أنه لا يترتب على تباطؤ الدائن فى اتخاذ الإجراءات براءة ذمة الكفيل حتى ولو أعسر المدين، حتى ولو كان ذلك نتيجة لعدم قيامه بها أصلاً. وقد نص المشرع على ذلك صراحة فى المادة ١/٧٨٥ بقوله: «لا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن المدين أجلاً جديداً ما لم يترتب على منح هذا الأجل إضاعة تأمين خاص، كسقوط الحق فى الحبس نتيجة لمنح البائع أجلاً جديداً للمشترى للوفاء بالثمن. ولذلك تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لسقوط الحق فى الحبس الذى أضاعه الدائن بمنحه الأجل الجديد. وكذلك لا يترتب على عدم استعمال الدائن لحقه فى الدعوى البوليصية للوصول إلى إبطال تصرف

المدين إضراراً به، براءة ذمة الكفيل لأنه ليس هنا أي إضاعة لتأمين خاص، ولكن هذا لا يمنع من أن الكفيل يستطيع مساءلة الدائن إذا صدرت منه هذه الأفعال عن خطأ وتسببت في ضرر للكفيل وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية[1].

ويستوى لتطبيق المادة ٢/٧٨٤ مدنى أن تكون التأمينات الخاصة، تأمينات عينية أم تأمينات شخصية، ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الإتفاق أم القانون أم القضاء. ولا يهم أيضاً أن يكون التأمين الذى ضاع بخطأ الدائن موجوداً وقت إنعقاد الكفالة أو تقرر بعد ذلك. ولا فرق فى ذلك بين تأمين من المدين أو من الغير، كالكفيل العينى مثلاً.

ولكن يشترط لتطبيق هذه المادة أن يكون هناك تأمين خاص فعلاً وترتب على خطأ الدائن ضياعه. فلا يكفى أن يكون الدائن قد أهمل فى اكتساب تأمين خاص كان من الممكن الحصول عليه. ومثال ذلك عدم قيام المؤجر بإلزام المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة تكفى للوفاء بدين الأجر لمدة سنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وذلك حتى يكون للمؤجر إمتياز على هذه المنقولات (٢/٨٩٠ مدنى) فإن ذلك لا يعتبر من قبيل إضاعة التأمين الخاص الذى يدخل فى نطاق تطبيق هذه الحالة.

(٢) يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن:

لكى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعة التأمينات فإنه يجب أن يحدث ذلك نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٧٨٤ بقولها: «تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات». وعلى ذلك فإنه إذا كانت إضاعة التأمينات ناشئة عن قوة قاهرة، أو عن فعل الغير، أو عن فعل المدين، أو عن فعل الكفيل نفسه، فإنه لا محل لقيام مسئولية الدائن أصلاً، حيث أنه ليس هناك خطأ ينسب إليه. ويستوى لتطبيق المادة ٧٨٤ مدنى أن يكون خطأ الدائن فعل

---

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ١٣٧.

إيجابى، بأن يبرئ أحد الكفلاء، أو يتنازل عن الرهن أو عن أولويته فى مرتبة الرهن، أو فعل سلبى، كما إذا أهمل فى قيد الرهن أو تجديده، أو أهمل فى استئناف حكم صادر بإلغاء الرهن أو لم يوقع المؤجر الحجز التحفظى على حاصلات العين المؤجرة وترتب على ذلك عدم إفادته من حق الإمتياز الذى يقرره عليها القانون لمصلحته[1]. ويستوى أن يكون الخطأ الذى أضاع التأمين الخاص خطأ شخصياً للدائن أو خطأ واقعاً من شخص مسئول عنه قانوناً، كوكيله أو تابعه[2].

وقد ثار خلاف فى حالة ما إذا كانت إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ مشترك من الدائن والكفيل. فيذهب غالبية الفقهاء إلى وجوب توزيع المسئولية بينهما على قدر الخطأ الواقع من كل منهما، وبراءة ذمة الكفيل بقدر التقصير الواقع من الدائن[3].

بينما يرى بعض الفقهاء أن الخطأ المشترك بين الكفيل والدائن لا يترتب عليه براءة ذمة الكفيل ولو جزئياً، بل يظل ملزماً بكل الدين، لأنه لا يصح للكفيل أن يتأذى من خطأ قد ساهم فى وقوعه، أو على الأقل كان يمكنه اجتنابه[4].

ونحن لا يسعنا إلا أن نؤيد غالبية الفقهاء فيما ذهبوا إليه، حيث أن الأمر يتعلق بتحديد مسئولية كل من الكفيل والدائن، فإنه يجب فى ذلك إعمال قواعد المسئولية فى حالة الخطأ المشترك، التى تقضى بتوزيع الضرر بحسب

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٠ ص ١٤١ وهامش ٤ ص ٢٤٢ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٨ ص ٢٤.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٧ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٠ ص ٧٤ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٦٠ و ٦١ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٩ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٤٦ و ١٤٧.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥١ ص ٢٤٥ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٤٥ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٩٤.

نسبة الخطأ، ما لم يستغرق أحد الخطأين الأخر، كما أن المادة ٧٨٤/١ مدنى صريحة تماماً فى ذلك حيث أنها تنص على أن «١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات...». فقد حدد النص أن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا بالقدر الذى ضاع من التأمينات نتيجة خطأ الدائن، فإذا ما ترتب على خطأ الدائن ضياع جزئى لتأمين خاص فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بهذا القدر، ويجب تطبيق نفس الحكم فى حالة الخطأ المشترك مع الكفيل، فبقدر ما ترتب على خطأ الدائن يجب أن تبرأ به فقط ذمة الكفيل، ولايستطيع أن نحمل الدائن أو الكفيل النتيجة الكاملة لهذا الخطأ المشترك، حيث أن ذلك يتنافى مع المبادئ العامة ومع العدالة، ويخل بالحماية التى قررها المشرع فى كل أحكام الكفالة، والتى تدعم جانب الكفيل.

(٣) يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل:

وذلك لأن براءة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص يعتبر نوعاً من أنواع التعويض مقرر لمصلحة الكفيل. فيجب لكى يكون هناك تعويض، أن يكون هناك ضرر من جراء الخطأ الذى ترتب عليه إضاعة التأمين الخاص. وعلى ذلك فإذا لم يكن هناك ضرر قد أصاب الكفيل من جراء إضاعة التأمين، فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته. فإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ليحل محله كفيل آخر يماثله فى اليسار، فإن ذلك لايعد إضاعة لتأمين خاص، وكذلك لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث أنه لا يفيد أصلاً فى استيفاء حقه، لأنه لا يصيب الكفيل أى ضرر من جراء ذلك.

ويجب على الكفيل أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من فعل الدائن، ويثبت أيضاً أن هذا الضرر الذى لحقه ضرراً محققاً وليس مجرد ضرر محتمل[1].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٨.

لا يشترط أن يترتب على ضياع التأمين الخاص حصـ [illegible] عن إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته. لكن مجرد إضاعة تأمين خاص ذى قيمة دون أن يستبدل به تأميناً آخر لا يقل عنه فى قيمته، يبرئ ذمة الكفيل، دون اعتبار لما إذا كانت هناك تأمينات أخرى يستطيع الكفيل بواسطتها استيفاء ما سيدفعه عن المدين أم لا. لأن إضاعة التأمين الخاص يقلل على أى حال من فرصة الكفيل فى استيفاء حقه. ولا يستطيع أن يدفع الدائن بيسار المدين أو بوجود تأمينات أخرى حتى يظل التزام الكفيل قائماً، لأنه لو صح ذلك فلماذا يخشى الدائن براءة ذمة الكفيل[1].

(د) أثر اضاعة التأمينات بخطأ الدائن:

يترتب على توافر الشروط السابقة أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص[2]. ويقع عبء الإثبات، طبقاً للقواعد العامة، على الكفيل، بأن يثبت أن إضاعة التأمين بخطأ الدائن قد تسبب له فى ضرر، وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه عبء الإثبات، كأن يثبت مثلاً أن التأمين الذى أضاعه عديم القيمة، كأن يكون رهناً مقرراً على مال مثقل برهون أخرى متقدمة عليه فى المرتبة ومستغرقة لقيمته، أو أن الكفيل لم ينله ضرر، لأنه قد استبدل بالتأمين الذى أضاعه تأميناً آخر لا يقل عنه فى قيمته[3].

ويجب على الكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات، حيث أنه لا يقع بقوة القانون، لأن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام. وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه فى التمسك بالحكم المقرر فى المادة ٧٨٤ مدنى.

---

(١) قارن: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٨ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٥٩.

(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٥ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٣ ص ٢٤٧.

ويتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات عن طريق دفع يبديه إذا طالبه الدائن بالوفاء. وهذا يعتبر دفعاً موضوعياً يمكن للكفيل أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لأن هذا الدفع لا يعتبر من النظام العام[١].

وإذا كانت الصورة الغالبة هى أن الكفيل يدفع ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات إذا ما طالبه الدائن بالوفاء، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الكفيل من القاضى، بدعوى يرفعها ضد الدائن، الحكم بتقرير براءة ذمته من الدين لإضاعة التأمينات[٢].

ثانياً : براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها :

وهذا أيضاً وسيلة من وسائل حماية الكفيل من تقصير الدائن أو إهماله.

وقد جاء هذا الحكم فى نص المادة ٧٨٥ حيث أنها تقرر أنه :

١ - «لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

٢ - على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً».

وهذا النص يتعرض للحالة التى يتباطأ فيها الدائن فى اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل أو تأخره فى اتخاذها. فقد قرر المشرع أن للكفيل حق فى أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الإجراءات. فإن لم

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٩ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٦ - عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٣ ص٢٤٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٣ ص ٢٤٧ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٨ و ٢٤٩ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٦ و ١٠٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٩٦.

يتخذها فى خلال ستة شهور من تاريخ هذا الإنذار، ولم يقدم المدين تأميناً كافياً للكفيل، تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة. ولم يرد نص مماثل لذلك فى التقنين المدنى السابق ولا فى القانون الفرنسى. وقد استمد المشرع هذا النص من مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (م ٧٣٩) والقانون السويسرى (م٥٠٢)، والقانون البولونى (م ٦٣٧). ولبيان حكم هذا النص يجب أن نعرض أولاً: متى يجوز للكفيل إنذار الدائن، وثانياً: أثر هذا الإنذار.

(أ) متى يجوز للكفيل إنذار الدائن:

لم تبين المادة السالفة الذكر الوقت الذى يجوز فيه للكفيل إنذار الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات ضد المدين. ومع ذلك فطبقاً للقواعد العامة، لايستطيع الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين إلا بعد حلول أجل الدين المكفول. وعلى ذلك فإذا لم يتخذها الدائن فى هذا الوقت. أو تأخر فى اتخاذها بعد هذا الوقت، فإنه يحق للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الإجراءات فى مواجهة المدين.

والعبرة بالأجل الأصلى للالتزام المكفول، أى الأجل المحدد لهذا الالتزام عند تقدم الكفيل لضمان الوفاء به، فإذا حل هذا الأجل، ومنح الدائن المدين أجل جديداً، فإن ذلك لايسرى فى مواجهة الكفيل، ولا يحول دون ثبوت حقه فى إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات، ما لم يكن قد ارتضى هذا الأجل الجديد، فعندئذ عليه أن ينتظر حتى يحل هذا الأجل الذى قبله. والحكمة من ذلك أنه لو جعلنا الأجل الجديد ملزم للكفيل بحيث لا يستطيع أن يقوم بإنذار الدائن إلا بعد حلوله، لترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يضر بالكفيل، فكلما اقترب الأجل الأصلى منح الدائن المدين أجلاً جديداً، ويظل الكفيل هكذا معلقاً وملتزماً بالكفالة لأجل غير مسمى، ما لم يسقط التزامه بالتقادم، ولفوتنا الغرض الذى قصده المشرع من حكم المادة ٧٨٥/٢.

(ب) أثر إنذار الكفيل للدائن:

فإذا إنذار الكفيل الدائن عند عدم إتخاذ الإجراءات عند حلول أجل الدين

المكفول أو تأخر فى ذلك، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن يصبح ملزماً باتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإنذار للدائن، فإن لم يفعل برئت ذمة الكفيل.

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين، وسار فى اتخاذها بعناية الرجل المعتاد، كان هذا كافياً، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بالدين، أو مباشرة إجراءات التنفيذ إذا كان معه سنداً صالحاً للتنفيذ[١].

وعلى ذلك فإذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات فى خلال المدة المحددة، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل، وتنقضى بذلك الكفالة بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على وجود أو قيام الدين المكفول.

ويستطيع المدين أن يحول دون حدوث هذا الأثر، بأن يقدم للكفيل قبل إنقضاء الستة أشهر السابقٰ ذكرها، ضماناً لاستيفاء ما قد يضطر إلى دفعه للدائن. وتقدير كفاية التأمين المقدم من المدين للكفيل من عدمه متروك لتقدير قاضى الموضوع، إذا ما نوزع فى ذلك.

ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات فى مواجهة المدين خلال الستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له. حيث أنها لا تتم بقوة القانون، لأن حكم هذه المادة لا يتعلق بالنظام العام. ويكون تمسك الكفيل بحكم المادة ٧٨٥ مدنى فى صورة دفع أو فى صورة دعوى يرفعها على الدائن كما هو الحال بالنسبة لإضاعة التأمينات.

ثالثاً : عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

وقد جاءت بهذا الحكم المادة ٧٨٦ مدنى، حيث أنها تقرر أنه: «إذا أفلس المدين، وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه فى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ٢٥٠ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ٢٥٤.

الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

والحكمة من إفراد نص خاص لهذه الحالة، هو أن عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين لا يعتبر فى حكم إضاعته لتأمين خاص حتى ينطبق عليه المادة ٧٨٤ مدنى، كما أن الكفيل لا يستطيع أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات فى خلال المدة المنصوص عليها فى المادة ٧٨٥ مدنى، حيث أنه عند إفلاس المدين يمتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية فى مواجهته، لأن الإفلاس عبارة عن تصفية جماعية لأموال المدين المفلس. كما أن القواعد العامة فى التقنين الحالى، وخلافاً للقانون المدنى السابق، لا تجيز للكفيل أن يتقدم فى تفليسة المدين مادام أنه لم يوفى الدين المكفول. ولكن الدائن هو الذى يستطيع ذلك. ولذلك قد تدخل المشرع ليقرر أنه إذا لم يتدخل الدائن فى التفليسة بالدين المكفول، فإنه يعتبر مقصراً وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره؛ وبالتالى يجب ألا نحمل الكفيل بهذا الخطأ، فلذلك تبرأ ذمة هذا الأخير بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن.

ويبين من ذلك أنه إذا لم يتقدم الدائن فى تفليسة المدين، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة لأن الضرر الذى يلحق الكفيل يتحدد بذلك[1].

ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق، إذ أنه لا تبرأ ذمته بقوة القانون. وتمسك الكفيل يكون فى صورة دفع أو دعوى يرفعها ضد الدائن كما هو الحال بالنسبة للصورتين السابقتين.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٥٧ ص ٢٥١.

الفهـرس

الموضــوع	الصفحة

الكتاب الأول
التأمينـات العينيـة

الباب الأول
الرهن الرسمى

الموضــوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة
(جـ) علاقات الحائز بعد رسو المزاد مع غيره	١٦٧
(١) علاقة الحائز بالدائنين المرتهنين	١٦٧
(٢) علاقة الحائز بالمالك السابق	١٦٩
(٣) علاقة الحائز بالمدين	١٧٠
(٤) علاقة الحائز بغيره من الحائزين	١٧٠
(٥) العلاقة بين الحائز والكفيل	١٧١
الفصل الثالث: انقضاء الرهن الرسمي	١٧٣
أولا- انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الالتزام المضمون	١٧٣
ثانيا – انقضاء الرهن بصفة أصلية	١٧٤
(١) النزول عن الرهن	١٧٤
(٢) انقضاء الرهن باتحاد الذمة	١٧٤
(٣) هلاك العقار أو زوال الحق المرهون	١٧٥
(٤) تطهير العقار	١٧٦
(٥) انقضاء الرهن بالبيع الجبرى	١٧٦
(٦) هل ينقضى الرهن بالتقادم؟	١٧٦
الباب الثاني	
حق الاختصاص	
تعريف	١٧٩
تقدير نظام الاختصاص	١٧٩
خطة البحث	١٨٠
الفصل الأول: انشاء حق الاختصاص	١٨١
المبحث الأول: شروط الحصول علي حق الاختصاص	١٨١
أولا-الشروط الخاصة بالحكم الذى يؤخذ الاختصاص بمقتضاه	١٨١
(١) يجب أن يكون حكما قضائية	١٨١
(٢) يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ	١٨٣

الموضــوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الباب الرابع
حقوق الامتياز

الموضوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة